



UNICEUB – CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA
FACULDADE DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS

RAFAEL DE SOUZA DOURADO

**DA REPERCUSSÃO GERAL E OS DIREITOS
FUNDAMENTAIS**

Brasília/DF

2012

RAFAEL DE SOUZA DOURADO

**DA REPERCUSSÃO GERAL E OS DIREITOS
FUNDAMENTAIS**

Monografia apresentada como requisito para
conclusão do curso de bacharelado em Direito
do Centro Universitário de Brasília –
UniCeub.

Orientador: Prof. Paulo Gustavo Medeiros
Carvalho.

Brasília/DF

2012

DOURADO, Rafael de Souza.

Da Repercussão Geral e os Direitos Fundamentais/Rafael de Souza
Dourado. Brasília: UniCEUB, 2012.

64 fls.

Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de
bacharelado em Direito do Centro Universitário de Brasília-UniCEUB.

Orientador: Prof. Paulo Gustavo Medeiros Carvalho

*Aos meus avós, Heleno e Dirke,
sempre preocupados com a
educação dos netos.*

*Às memórias de minha avó
Fabriciana, minha tia Maria e meu
padrinho Ivan.*

*Aos meus pais, Chico e Seli, pois
sem eles nenhuma de minhas
conquistas seria alcançada.*

RAFAEL DE SOUZA DOURADO

**DA REPERCUSSÃO GERAL E OS DIREITOS
FUNDAMENTAIS**

Monografia apresentada como requisito para
conclusão do curso de bacharelado em Direito
do Centro Universitário de Brasília.

Orientador: Prof. Paulo Gustavo Medeiros
Carvalho.

Brasília, 7 de abril de 2012.

Banca Examinadora

Paulo Gustavo Medeiros Carvalho.
Orientador

Examinador

Examinador

RESUMO

O presente trabalho é uma pesquisa ao instituto da repercussão geral no recurso extraordinário, abordando suas origens, seus motivos, seus procedimentos, sua importância e sua aplicação aos casos em que se trata de direitos fundamentais. Para tanto, fez-se estudo da história, das características e da importância dos Direitos Humanos na Constituição Federal de 1988. Só assim é que foi possível analisar se, aos casos em que se alega violação a direito fundamental no recurso extraordinário, deve-se haver o requisito da transcendência dos interesses das partes do processo.

Palavras-chave: Direito Constitucional. Direito Processual. Reforma do Poder Judiciário. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. Repercussão geral. Direitos Fundamentais. Transcendência do interesse das partes.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1 DA REPERCUSSÃO GERAL	10
1.1 Da função do Supremo Tribunal Federal	10
1.2 Do acúmulo de processos	11
1.3 Do surgimento e da aplicação da repercussão geral	12
<i>1.3.1 Da preliminar</i>	<i>14</i>
<i>1.3.2 Do quorum para verificação de existência</i>	<i>15</i>
<i>1.3.3 Da eficácia do não reconhecimento da repercussão geral.....</i>	<i>16</i>
<i>1.3.4 Da multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia.....</i>	<i>18</i>
<i>1.3.5 Da repercussão geral presumida</i>	<i>20</i>
<i>1.3.6 Do amicus curae na aferição da existência de repercussão geral</i>	<i>23</i>
1.4 Institutos semelhantes à repercussão geral.....	25
<i>1.4.1 Da writ of certiorari americana</i>	<i>25</i>
<i>1.4.2 Da arguição de relevância da questão federal</i>	<i>26</i>
<i>1.4.3 Da transcendência trabalhista</i>	<i>27</i>
2 – DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	29
2.1 Do binômio direitos humanos e direitos fundamentais	29
2.2 Do histórico dos direitos fundamentais	31
2.3 Das funções dos direitos humanos	33
2.3 Das características dos direitos humanos.....	35
2.4 Da importância dos direitos fundamentais na Constituição de 1988	36
<i>2.4.1 Dos direitos fundamentais como cláusulas pétreas.....</i>	<i>39</i>
<i>2.4.2 Da internalização de tratados sobre direitos humanos</i>	<i>43</i>
3 DA REPERCUSSÃO GERAL E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS	46
3.1 Do projeto de Lei do Senado Federal nº 156/09	46
3.2 Do STF como guardião dos direitos fundamentais	47
3.3 Da transcendência das matérias referentes aos direitos fundamentais	49
3.4 Da análise de casos concretos	53
<i>3.4.1 RE-RG 568657/MS.....</i>	<i>53</i>
<i>3.3.2 RE-RG 556385/MT.....</i>	<i>54</i>
<i>3.3.3 RE-RG 579720/MG</i>	<i>54</i>
<i>3.3.4 RE 597994/PA</i>	<i>55</i>
CONCLUSÕES	59
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	62

INTRODUÇÃO

A presente monografia objetiva analisar a necessidade (ou não) de demonstração da repercussão geral no recurso extraordinário nos casos em que haja alegação de violação de direitos fundamentais, ainda que não se ultrapassem os interesses subjetivos da parte.

Para tal análise, far-se-á mister saber, no primeiro capítulo, sobre a história do Supremo Tribunal Federal, do recurso extraordinário, bem como dos motivos que levaram à criação de um novo filtro de admissibilidade ao apelo excepcional.

Feito isso, adentrar-se-á as minúcias do surgimento e da aplicação da repercussão geral na admissibilidade do recurso extraordinário.

Também se revelará importante descobrir as origens, os institutos que inspiraram a criação da repercussão geral.

Após o domínio do trâmite da repercussão geral, bem como os efeitos práticos que ela causou ao Pretório Excelso, partir-se-á, então, para o estudo dos direitos fundamentais no segundo capítulo.

Nele se procurará descobrir a história desses direitos humanos, suas funções e características.

Encerrando o capítulo, ressaltar-se-á a importância desses direitos na Constituição Federal de 1988.

Só então é que se confrontarão os dois primeiros temas para se responder a seguinte pergunta feita no terceiro capítulo: deve ser reconhecida a repercussão geral a casos que afrontem direitos humanos, ainda que neles não haja a transcendência dos interesses das partes?

Para obter tal resposta, far-se-á necessário trazer propostas sobre o assunto que evidenciam a preocupação com a possível omissão a violações de direitos humanos.

Também se deverá ressaltar a função de guardião das liberdades fundamentais que tem a Suprema Corte e que nem sempre é objeto de estudo e discussão da doutrina.

Após, falar-se-á a respeito da (des)necessidade da demonstração da transcendência nos recursos em que se alegue violação a direito humano fundamental.

Por fim, será feita análise de casos em que se julgou a existência (ou não) de repercussão geral e que se referiam a violação a direito fundamental e o requisito da transcendência.

1 DA REPERCUSSÃO GERAL

1.1 Da Função do Supremo Tribunal Federal

O Supremo Tribunal Federal é órgão de cúpula do Poder Judiciário brasileiro e compõe-se de onze Ministros, escolhidos pelo Presidente, dentre brasileiros natos com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada, e a ele cabe a guarda da Constituição Federal¹.

Para exercer tal guarda, dispõe o STF de um diverso rol competências, originárias e em grau recursal, no art. 102 da Lei Maior. Dentre estas, há o recurso extraordinário, o qual é cabível nos termos do inciso III do referido dispositivo².

Cuida-se de espécie introduzida no direito brasileiro pelo Decreto nº 848, de 11 de outubro de 1890, que organizou a Justiça Federal, e teve a atual denominação em 1891, no primeiro Regimento Interno da Suprema Corte. Teve, contudo, previsão constitucional pela primeira vez somente na Carta de 1934³.

Na competência de julgar o recurso extraordinário, exerce o STF a função de Tribunal Superior, ou seja, tem a competência de interpretar as leis e uniformizar a

¹ BRASIL, Constituição Federal (1988). Art. 101.

² Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:
(..)

III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

- a) contrariar dispositivo desta Constituição;
- b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;
- c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição;
- d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal.

³ AZEM, Guilherme Beux Nassif. **Repercussão geral da questão constitucional no recurso extraordinário**. Porto Seguro: Livraria do Advogado. 2009. p. 20.

jurisprudência constitucional a todo o país, e não de simples revisor de qualquer processo. Trata-se de instância excepcional, que tem por meta objetivar os processos, atendo-se somente à matéria de direito, e não à de fato⁴.

O problema se dá, entretanto, por ser o recurso extraordinário cabível em uma infinidade de hipóteses, e, na falta de qualquer tipo de filtragem - seja qualitativa, seja quantitativa -, eram admitidas inúmeras causas, a grande maioria sem qualquer relevância para o país - ou até mesmo para as partes, eventualmente⁵.

Por tal razão, o Pretório Excelso se encontrou numa situação insustentável, na qual julgava infindável número de processos, distanciando-se, pois, da sua função de pacificar a interpretação constitucional no Brasil.

1.2 Do Acúmulo de Processos

Dados do Tribunal revelam que, desde 1991, mais de 90% de sua carga anual de trabalho provém de recursos extraordinários e agravos de instrumentos interpostos em face de sua inadmissão⁶. Ressalta-se que, no citado ano, o número de feitos distribuídos beirava os 17 mil por ano. Já no ano de 2006, foram superados os 116 mil processos⁷.

Ora, é inviável a onze magistrados julgar centenas de milhares de processos acumulados ao longo dos anos. Além do grande número de litígios, a variedade de temas abordados nas lides desvia a Suprema Corte de sua função principal, que é a guarda da

⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIEIRO, Daniel. **Repercussão geral no recurso extraordinário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 12.

⁵ BRAGHITTONI, R. Ives. **Recurso extraordinário: uma análise do acesso do Supremo Tribunal Federal: de acordo com a Lei 11.418/06 (repercussão geral)**. São Paulo: Atlas. 2007. p. 39.

⁶ Em breve sinopse de seu procedimento, o recurso é interposto junto ao Presidente ou Vice-Presidente do Tribunal *a quo*, a quem cabe realizar o primeiro exame de admissibilidade. Caso esse juízo seja negativo, explicita o art. 544 do Código de Processo Civil que será cabível agravo de instrumento, que não poderá ter sua remessa ao STF obstado pelo Tribunal. (BRASIL, 1973).

⁷ Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=REAIProcessoDistribuido>> acesso em 05 de novembro de 2011.

Constituição, pois não garante aos Ministros o tempo necessário para estudo e debate de cada matéria⁸.

Sobre o assunto, não são recentes os estudos e tentativas que tentaram objetivar o recurso extraordinário e, destarte, promover uma jurisdição mais racional e eficaz. Sempre se preocuparam, além de tudo, com o papel de mera segunda - ou eventual terceira – instância revisora de decisões judiciais que o STF exerceu ao longo do tempo^{9 10}. Para Ives Braghittoni, aliás, tal preocupação é tão antiga quanto o próprio Tribunal¹¹.

Assim, tornou-se inoperante a Jurisdição Constitucional feita pela Suprema Corte em controle de constitucionalidade difuso, já que havia feitos acumulados ao longo dos anos anteriores, além dos novos processos que não deixavam de chegar.

1.3 Do Surgimento e da Aplicação da Repercussão Geral

Atenta a isso, a Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004 - conhecida como Reforma do Poder Judiciário –, adicionou o § 3º ao art. 102 do texto constitucional, o qual explicita:

No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros.

Passou a se exigir, portanto, a demonstração da repercussão geral em todo recurso extraordinário, em uma clara tentativa de conceder um caráter de excepcionalidade ao apelo¹².

⁸ AZEM, Guilherme Beux Nassif. **Repercussão geral da questão constitucional no recurso extraordinário**. Porto Seguro: Livraria do Advogado. 2009. p. 23.

⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIEIRO, Daniel. **Repercussão geral no recurso extraordinário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 12.

¹⁰ AZEM, Guilherme Beux Nassif. **Repercussão geral da questão constitucional no recurso extraordinário**. Porto Seguro: Livraria do Advogado. 2009. p. 28.

¹¹ BRAGHITTONI, R. Ives. **Recurso extraordinário: uma análise do acesso do Supremo Tribunal Federal: de acordo com a Lei 11.418/06 (repercussão geral)**. São Paulo: Atlas. 2007. p. 38.

¹² AZEM, Guilherme Beux Nassif. **Repercussão geral da questão constitucional no recurso extraordinário**. Porto Seguro: Livraria do Advogado. 2009. p. 29.

O constituinte derivado deixou para o legislador ordinário definir os parâmetros da repercussão geral e seus efeitos. Por tal razão, adveio a Lei nº 11.418, de 19 de dezembro de 2006, que acrescentou os artigos 543-A e 543-B à Lei nº 5.859 de 11 de janeiro de 1973, a fim de regulamentar o art. 102, § 3º, da CF.

Define a citada lei que o “Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecurável, não conhecerá do recurso extraordinário, quando a questão constitucional nele versada não oferecer repercussão geral” e que “para efeito da repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa”.

Portanto, para que haja um juízo positivo quanto à presença de repercussão geral, deve-se conjugar a relevância e a transcendência da questão constitucional, não a existindo, portanto, na falta de um dos elementos¹³. Pode-se dizer, pela lição de Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero, que o legislador elaborou a fórmula “repercussão geral = relevância + transcendência”¹⁴.

Nas decisões que decidiram a existência, ou não, de repercussão geral proferidas pela Suprema Corte, têm entendido os Ministros que transcendência seria a possibilidade de se reproduzir aquela decisão a outros numerosos casos que possam vir a chegar ao Tribunal, ou seja, se se restringir a poucos interessados, não merece a questão constitucional tê-la conhecida¹⁵.

Assim, buscou-se dirimir o mencionado dilema de o STF, não obstante seja Corte Constitucional, apreciar casos não merecedores de sua pronúncia.

¹³ AZEM, Guilherme Beux Nassif. **Repercussão geral da questão constitucional no recurso extraordinário**. Porto Seguro: Livraria do Advogado. 2009. p. 66.

¹⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIEIRO, Daniel. **Repercussão geral no recurso extraordinário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 33.

¹⁵ RE-RG 589490; RE-RG 568657.

1.3.1 Da Preliminar

O art. 541 do Código de Processo Civil exige no recurso extraordinário a exposição de fato e de direito, a demonstração de seu cabimento e as razões do pedido de reforma da decisão recorrida. O art. 543, § 2º, do mesmo diploma legal, impõe que o recorrente demonstre, em preliminar do recurso, a existência da repercussão geral, para apreciação exclusiva do Supremo.

É ônus¹⁶ do recorrente provar fundamentadamente, em sede de preliminar, que o seu recurso preenche todos os critérios previstos para configuração da repercussão, sob pena de ter seu recurso de não tê-lo conhecido, como já decidiu a Suprema Corte¹⁷.

Em sentido contrário, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero entendem que se deve demonstrar o instituto em sede de recurso extraordinário, e não obrigatoriamente sob a forma de preliminar. Asseveram que o recurso extraordinário deve ser vazado de forma que seja conhecido o recurso que não demonstre especificamente de forma preliminar a existência de repercussão geral, sob pena de grave denegação de justiça¹⁸.

¹⁶ Ressalta Guilherme Beux Nassif Azem que a demonstração se trata de um ônus, e não uma obrigação, pois quem não o atende não comete ilícito algum, apenas não verá seu recurso ser admitido. AZEM, Guilherme Beux Nassif. **Repercussão geral da questão constitucional no recurso extraordinário**. Porto Seguro: Livraria do Advogado. 2009. p. 85.

¹⁷ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INFORMATIVO Nº 500 (grifo nosso). O Tribunal negou provimento a agravo regimental interposto contra decisão da Presidência da Corte que, ante a inobservância do que disposto no art. 543-A, § 2º, do CPC, que exige a apresentação de preliminar sobre a repercussão geral da matéria constitucional suscitada, não conheceu de recurso extraordinário (RISTF, artigos 13, V, c, e 327). **Considerou-se que, na linha da orientação firmada no julgamento do AI 664567 QO/RS (DJU de 6.9.2007), todo recurso extraordinário, interposto de decisão cuja intimação ocorreu após a publicação da Emenda Regimental 21 (DJU de 3.5.2007), deve apresentar preliminar formal e fundamentada da repercussão geral das questões constitucionais nele discutidas. Asseverou-se, ademais, que nem o fato de o tema discutido no recurso extraordinário ser objeto de ação direta de inconstitucionalidade pendente de julgamento no Plenário, nem o de terem sido sobrestados outros recursos extraordinários até o julgamento desse processo de controle concentrado, afastariam essa exigência legal, não havendo se falar em demonstração implícita de repercussão geral.** (RE 569476 AgR/SC, rel. Min. Ellen Gracie, 2.4.2008).

¹⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIEIRO, Daniel. **Repercussão geral no recurso extraordinário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 41

De qualquer sorte, deverão os Ministros do Supremo se convencer de que há relevância em se julgar aquele caso e que a matéria transcenda os interesses das partes para que, então, se analise o mérito¹⁹.

Ressalta-se que a declaração de existência de repercussão, por si só, não garante a procedência do pedido, mas tão-somente que a matéria questionada é merecedora de julgamento da Suprema Corte.

1.3.2 Do Quorum para Verificação de Existência

A existência da repercussão geral da questão constitucional no recurso extraordinário é presumida²⁰. Somente com o voto de oito Ministros será possível rechaçá-la, conforme determina o artigo 102, § 3º, da Constituição Federal:

§ 3º No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros.

Ou seja, basta que quatro Ministros vislumbrem repercussão geral na questão constitucional para que o recurso supere esse requisito de admissibilidade.

Tal *quorum* diferenciado - ou prudencial, conforme Arruda Alvim²¹ - serve para dar maior segurança jurídica, já que o caráter subjetivo trazido pelo conceito jurídico indeterminado “repercussão geral” poderia gerar danos irreversíveis, pois, no caso de um

¹⁹ AZEM, Guilherme Beux Nassif. **Repercussão geral da questão constitucional no recurso extraordinário**. Porto Seguro: Livraria do Advogado. 2009. p. 36.

²⁰ AZEM, Guilherme Beux Nassif. **Repercussão geral da questão constitucional no recurso extraordinário**. Porto Seguro: Livraria do Advogado. 2009. p. 93.

²¹ ALVIM, Arruda. **A EC n. 45 e o instituto da repercussão geral**. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). **Reforma do Judiciário: primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004**. São Paulo: RT, 2005. p. 65.

quórum menos qualificado, poder-se-ia julgar injusta ou arbitrariamente a ausência do requisito²².

Acerca do assunto, cabe trazer o que pensa Bruno Dantas²³:

Dessarte, ao exigir *quorum* qualificadíssimo, o constituinte derivado acenou à sociedade que a regra continua sendo o cabimento do RE. A exceção é a inadmissibilidade, e ela só ocorrerá, nesse caso, quando estiver claro, para ao menos oito ministros, que a questão constitucional em debate tem por pano de fundo exclusivamente irresignação do recorrente com o resultado desfavorável, sem qualquer perspectiva de o julgamento ali pronunciado servir para além dos limites estritamente subjetivos das duas partes.

Dessa forma, ao estabelecer que, em regra, haverá a repercussão geral da matéria constitucional, nota-se a tentativa de se diminuir, na medida do possível, a discricionariedade que têm os Ministros ao analisar a existência da repercussão geral na matéria debatida.

1.3.3 Da Eficácia do Não Reconhecimento da Repercussão Geral

O art. 543-A, § 5º, do Código de Processo Civil assim dispõe:

§ 5º Negada a existência da repercussão geral, a decisão valerá para todos os recursos sobre matéria idêntica, que serão indeferidos liminarmente, salvo revisão da tese, tudo nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

Ao estabelecer tal regra, o legislador impede que futuros recursos que versem sobre matéria que a Suprema Corte já julgou não possuir repercussão geral sejam analisados repetitivamente.

Percebe-se que a norma reforça o valor do precedente do Tribunal, o que, em uma situação ideal, poupará uma considerável demanda de trabalho, já que grande parte dos recursos extraordinários versa sobre matérias já analisadas por ele. Os Ministros saberão que,

²² DANTAS, Bruno. **Repercussão Geral: perspectivas histórica, dogmática e de direito comparado; questões processuais**. 2. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2010. p. 221.

²³ DANTAS, Bruno. **Repercussão Geral: perspectivas histórica, dogmática e de direito comparado; questões processuais**. 2. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2010. p. 331.

ao julgar pela não existência de repercussão geral em determinada matéria, tal decisão será definitiva, já que não será ela analisada pela Corte, salvo revisão da tese²⁴.

É de se destacar o efeito pan-processual da decisão que nega a existência de repercussão geral, no sentido de que seus efeitos transcendem para além do processo que não a teve reconhecida e atinge os demais futuros que versem sobre o mesmo tema e quem possam vir a ser interpostos perante o Pretório Excelso²⁵.

O art. 327 do Regimento Interno do STF regulamenta o citado dispositivo, e determina que a Presidência desse Tribunal recusará os recursos cuja matéria careça de repercussão geral, conforme precedente da Corte, salvo se a tese tiver sido revista ou estiver em processo de revisão.

Tal competência é delegada ao Ministro relator, no caso em que a Presidência não tenha recusado liminarmente o recurso. Da decisão que recusar o recurso, caberá agravo, no termos do § 2º do citado dispositivo.

Trata-se do único caso em que a ausência repercussão geral é declarada por decisão monocrática do Presidente do Tribunal ou relator do processo, já que, em regra, a sua existência, ou não, deve ser analisada pelo Plenário da Corte²⁶.

Ainda sim, verifica-se que a competência do órgão colegiada não é afastada, já que procurou o Regimento Interno estabelecer o agravo como recurso cabível nos casos em que, monocraticamente, é negada a repercussão geral em casos já julgados pelo Tribunal.

²⁴ BRAGHITTONI, R. Ives. **Recurso extraordinário: uma análise do acesso do Supremo Tribunal Federal: de acordo com a Lei 11.418/06 (repercussão geral)**. São Paulo: Atlas. 2007. p. 123.

²⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIEIRO, Daniel. **Repercussão geral no recurso extraordinário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 52.

²⁶ DIDIER JUNIOR, Fredie. CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Curso de direito processual civil. Volume 3, Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais**. Salvador: JusPodivm, 2009. p. 337.

Deverá, pois, o recorrente, em sede de agravo, demonstrar porque a matéria a que já havia sido negada a existência do instituto não é compatível com as razões do seu recurso extraordinário.

1.3.4 Da Multiplicidade de Recursos com Fundamento em Idêntica Controvérsia

O legislador, preocupado com o acúmulo de processos que versam sobre idêntica matéria constitucional na Suprema Corte, por meio da Lei nº 11.418/06, incluiu o artigo 543-B ao Código de Processo Civil, o qual explicita:

Art. 543-B Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia, a análise da repercussão geral será processada nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, observado o disposto neste artigo.

§ 1º Caberá ao Tribunal de origem selecionar um ou mais recursos representativos da controvérsia e encaminhá-los ao Supremo Tribunal Federal, sobrestando os demais até o pronunciamento definitivo da Corte.

§ 2º Negada a existência de repercussão geral, os recursos sobrestados considerar-se-ão automaticamente não admitidos.

§ 3º Julgado o mérito do recurso extraordinário, os recursos sobrestados serão apreciados pelos Tribunais, Turmas de Uniformização ou Turmas Recursais, que poderão declará-los prejudicados ou retratar-se.

§ 4º Mantida a decisão e admitido o recurso, poderá o Supremo Tribunal Federal, nos termos do Regimento Interno, cassar ou reformar, liminarmente, o acórdão contrário à orientação firmada.

§ 5º O Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal disporá sobre as atribuições dos Ministros, das Turmas e de outros órgãos, na análise da repercussão geral.”

Para Guilherme Azem, “trata-se do meio mais efetivo trazido pela Lei nº 11.418/06, no sentido de combater a sobrecarga enfrentada pelo Pretório Excelso”²⁷.

Isto porque a maior parte dos feitos submetidos à Suprema Corte tem a Administração Pública ou empresa prestadora de serviços públicos em um dos polos processuais, os quais têm, normalmente, questão constitucional repetitiva. Uma decisão única e definitiva para tais casos significa maior segurança jurídica e igualdade, além de contribuir significativamente para desafogar o STF.

²⁷ AZEM, Guilherme Beux Nassif. **Repercussão geral da questão constitucional no recurso extraordinário**. Porto Seguro: Livraria do Advogado. 2009. p. 114.

O Tribunal de origem, quando houver multiplicidade de recursos extraordinários fundamentados em idêntica controvérsia, após verificar os requisitos de admissibilidade do recurso extraordinário²⁸, selecionará um ou mais casos para serem paradigmas da questão constitucional.

Após tal seleção, todos os outros processos referentes à mesma questão constitucional serão sobrestados no Tribunal *a quo*, aguardando julgamento acerca da existência ou não de repercussão geral.

Ao julgar a existência ou não de repercussão geral no caso, passar-se-á a ter dois cenários distintos.

Caso a Suprema Corte entenda por não haver repercussão geral em determinada questão constitucional, tal decisão irradiará a todos aqueles que estavam obstados na origem, ou seja, todos eles estarão absolutamente inadmitidos²⁹.

De outro lado, se o STF vislumbrar que tal matéria se reveste de repercussão geral, aguarda-se o julgamento do mérito do recurso tido como representante da controvérsia. Após tal decisão, os recursos sobrestados serão julgados pelo Tribunal de origem.

Poderá o Tribunal *a quo* julgar prejudicados os recursos que tenham decisão conforme o julgamento da Suprema Corte, ou retratar-se, caso divergente³⁰.

Se a instância de origem divergir da decisão proferida pelo Supremo e não se retratar, o recurso então terá analisada sua admissibilidade. Caso positivo esse juízo, poderá o

²⁸ Para Bruno Dantas, não faria qualquer sentido não se analisar a admissibilidade do recurso previamente à escolha do processo paradigma. Isto porque, ausentes os requisitos, não se pode falar sequer em remessa dos autos ao STF ou mesmo o seu sobrestamento na origem. DANTAS, Bruno. **Repercussão Geral: perspectivas histórica, dogmática e de direito comparado; questões processuais**. 2. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2010. p. 328.

²⁹ DANTAS, Bruno. **Repercussão Geral: perspectivas histórica, dogmática e de direito comparado; questões processuais**. 2. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2010. p. 331.

³⁰ AZEM, Guilherme Beux Nassif. **Repercussão geral da questão constitucional no recurso extraordinário**. Porto Seguro: Livraria do Advogado. 2009. p. 118.

Supremo Tribunal Federal cassar ou reformar, liminarmente, o acórdão contrário à sua orientação³¹.

Verifica-se que o STF somente julgará novamente aquela controvérsia no caso de o Tribunal *a quo* não se retratar no caso de divergência com a decisão daquele. Caso contrário, os recursos extraordinários diferentes dos paradigmas sequer serão distribuídos à Suprema Corte, o que reduz, abruptamente, o número de casos repetitivos que vinham sendo julgados e os que porventura chegassem nesta instância excepcional³².

Com efeito, destaca-se que, com a inclusão da repercussão geral no ordenamento jurídico brasileiro, freou-se, já no ano de sua instituição (2007), o crescimento do número de processos distribuídos anualmente à Suprema Corte. E, em 2011, o valor foi de pouco mais de 38 mil, cerca de 32% dos feitos que ali entraram no ano de 2006.

Frise que os recursos extraordinários e os agravos interpostos para sua admissão representavam, em 2006, 95,3% dos feitos admitidos. Em 2011, tais recursos representaram 54,9% do total de processos³³ com tendência de diminuir ainda mais o percentual ao longo do tempo.

Nota-se que tal instrumentalização claramente reduziu o número de recursos submetidos ao julgamento do STF, o que possibilita melhor julgamento das matérias, além de efetivamente uniformizar a interpretação constitucional pretoriana.

1.3.5 Da Repercussão Geral Presumida

Em que pese tenha sido afirmado anteriormente, no item 1.3.2, que a existência da repercussão geral é presumida, trata-se, em verdade, de presunção *iuris tantum*, ou seja, relativa, que admite fundamentação para a não ocorrência no caso.

³¹ AZEM, Guilherme Beux Nassif. **Repercussão geral da questão constitucional no recurso extraordinário**. Porto Seguro: Livraria do Advogado. 2009. p. 119.

³² AZEM, Guilherme Beux Nassif. **Repercussão geral da questão constitucional no recurso extraordinário**. Porto Seguro: Livraria do Advogado. 2009. p. 119.

³³ Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=REAIProcessoDistribuido>> acesso em 05 de novembro de 2011.

Entretanto, artigo 543-A do Código de Processo Penal, em seu § 3º, define os casos em que sempre haverá repercussão geral, *in verbis*:

§ 3º Haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar decisão contrária a súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal.

Cuida-se, pois, de uma presunção *iuri et de jure*, a qual não admite tentativa de comprovação da inexistência de repercussão geral ou sequer possibilidade de sua análise pelo Supremo Tribunal.

O legislador ordinário quis trazer maior uniformidade e segurança jurídica aos recorrentes, já que considerou o simples fato de uma decisão judicial contrariar jurisprudência do Pretório Excelso suficiente para causar impacto indireto em toda a sociedade, mesmo que o caso não ultrapasse os interesses das partes³⁴.

E, ao retirar da Suprema Corte o poder de eventualmente desconsiderar recursos extraordinários contrários à sua jurisprudência, mas que não se revestem de repercussão geral, o referido dispositivo acabou por reforçar a força vinculativa das decisões anteriores do Tribunal, além de dar um caráter mais efetivo aos enunciados de Súmula não vinculante³⁵.

Cabe ressaltar, por outro lado, que, caso a decisão recorrida esteja conforme a jurisprudência ou súmula do STF, não significa que falte repercussão geral ao recurso extraordinário. Somente há presunção absoluta no caso mencionado anteriormente. Isto porque pode o Supremo mudar o entendimento adotado anteriormente, ou afastá-lo, em virtude das peculiaridades do caso em análise³⁶.

Tal discussão já foi ventilada na Corte, em análise de repercussão geral, que teve acórdão assim ementado:

³⁴ DANTAS, Bruno. **Repercussão Geral: perspectivas histórica, dogmática e de direito comparado; questões processuais**. 2. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2010. p. 288.

³⁵ DIDIER JUNIOR, Fredie. CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Curso de direito processual civil. Volume 3, Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais**. Salvador: JusPodivm, 2009. p. 334

³⁶ DIDIER JUNIOR, Fredie. CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Curso de direito processual civil. Volume 3, Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais**. Salvador: JusPodivm, 2009. p. 334.

EMENTA: INTERPRETAÇÃO DO ART. 543-A, § 3º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL C/C ART. 323, § 1º, DO REGIMENTO INTERNO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

1. Não se presume a ausência de repercussão geral quando o recurso extraordinário impugnar decisão que esteja de acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, vencida a Relatora.

2. Julgamento conjunto dos Recursos Extraordinários n. 563.965, 565.202, 565.294, 565.305, 565.347, 565.352, 565.360, 565.366, 565.392, 565.401, 565.411, 565.549, 565.822, 566.519, 570.772 e 576.220.

(RE 563965 RG, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, julgado em 20/03/2008, DJe-070 DIVULG 17-04-2008 PUBLIC 18-04-2008 EMENT VOL-02315-07 PP-01570 RDECTRAB v. 17, n. 186, 2010, p. 182-193) (grifo nosso)

Para finalizar o tema, cabe trazer o que pensa Fredie Didier Júnior:

A circunstância de a decisão recorrida conformar-se com o entendimento do STF não afasta, necessariamente, a existência da repercussão geral o que evita o temido ‘engessamento’ da jurisprudência e contribui para a constante revisitação de temas cuja solução pode variar ao sabor das contingências sociais, políticas, econômicas ou jurídicas, sobretudo porque o STF adota a chamada interpretação concreta do texto constitucional a que aludem autores do porte de Friedrich Muller e Konrad Hesse, de sorte que as normas constitucionais devem ser interpretadas de acordo com o contexto do momento³⁷.

Percebe-se que a presunção de repercussão geral, bem como o julgamento dos recursos pelo Tribunal *a quo* - nos casos em que na matéria já tenha sido confirmada a existência de repercussão e tenha tido o mérito julgado -, trouxe um caráter abstrato ao recurso extraordinário que, em princípio, faria parte do controle de constitucionalidade concreto.

³⁷ DIDIER JUNIOR, Fredie. CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Curso de direito processual civil. Volume 3, Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais**. Salvador: JusPodivm, 2009. p. 334.

1.3.6 Do *Amicus Curae* na Aferição da Existência de Repercussão Geral

Preocupado com possíveis danos irreversíveis que poderia causar a decisão que confere, ou não, repercussão geral a uma determinada matéria, o legislador ordinário incluiu o seguinte parágrafo ao artigo 543-A do Código de Processo Civil:

§ 6º O Relator poderá admitir, na análise da repercussão geral, a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

Cabe aqui elucidar que não se trata de nenhuma das intervenções clássicas de terceiros, a saber, denúncia da lide, nomeação à autoria ou chamamento ao processo. Tais institutos, aliás, sequer são compatíveis com o julgamento da existência de repercussão geral de uma questão constitucional³⁸.

Cuida-se, sim, do *amicus curae*, expressão latina que pode ser traduzida como amigo da corte, do tribunal³⁹, instituto já conhecido no controle de constitucionalidade concentrado⁴⁰.

O artigo 323 do Regimento Interno, em seu § 2º, ao regulamentar o referido dispositivo, define que o Ministro relator poderá admitir, mediante decisão irrecorrível, de ofício ou a requerimento, a manifestação de terceiros sobre a questão da repercussão geral.

Nota-se que a presença do *amicus curae* pode ser determinada de ofício, o que caracteriza um meio de o Tribunal buscar mais e melhores elementos para fundamentar a decisão de se admitir, ou não, a existência de repercussão geral à matéria em apreço⁴¹.

³⁸ DANTAS, Bruno. **Repercussão Geral: perspectivas histórica, dogmática e de direito comparado; questões processuais**. 2. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2010. p. 303.

³⁹ VIANA, Ulisses Schwarz. **Repercussão geral sob a ótica da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 145.

⁴⁰ Lei nº 9.868/99: Art. 7º Não se admitirá intervenção de terceiros no processo de ação direta de inconstitucionalidade.

(..)

§ 2º O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades.

Com a presença de um ou mais terceiros interessados na matéria, cria-se uma pluralização do debate, trazendo, com isso, uma democratização processual, visto que, com a presença e opinião de diversos setores da sociedade que se relacionam com a questão constitucional debatida, a decisão terá maior aceitação social⁴². Além disso, deve-se ressaltar que a Constituição é um documento democrático, e, pois, sua interpretação deve ser plural, em conjunto⁴³.

Por fim, deve-se ressaltar que a inclusão da possibilidade de manifestação de terceiro, quando da aferição da existência de repercussão geral, é um instrumento que reduz os riscos dos problemas que são apontados a este instituto por parte da doutrina, quais sejam, o fato de que ela (a repercussão geral) é um conceito jurídico indeterminado, e o de que, quando a matéria constitucional não a possui, seus efeitos ultrapassam os limites daquela causa (art. 543-A, § 5º, CPC)⁴⁴.

Diz-se reduz os tais riscos porque a atuação do *amicus curae* pode ser tanto no sentido de se admitir quanto no de se não admitir a existência de repercussão geral na causa, já que ele tem uma relação institucional - com o Tribunal e a matéria constitucional - e não com nenhuma das partes, devendo ele tão-somente trazer elementos e provocar discussões que auxiliem a embasar o julgamento da Suprema Corte⁴⁵.

Há aí, destarte, outra evidência de que o julgamento do recurso extraordinário está cada vez mais próximo de produzir o efeito abstrato que, em regra, o controle concentrado tem, já que o *amicus curae* foi trazido ao direito brasileiro pela Lei nº 9.868/99, que regula as ações do controle de constitucionalidade concentrado.

⁴¹ AZEM, Guilherme Beux Nassif. **Repercussão geral da questão constitucional no recurso extraordinário**. Porto Seguro: Livraria do Advogado. 2009. p. 123.

⁴² AZEM, Guilherme Beux Nassif. **Repercussão geral da questão constitucional no recurso extraordinário**. Porto Seguro: Livraria do Advogado. 2009. p. 124.

⁴³ MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIEIRO, Daniel. **Repercussão geral no recurso extraordinário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 40.

⁴⁴ DANTAS, Bruno. **Repercussão Geral: perspectivas histórica, dogmática e de direito comparado; questões processuais**. 2. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2010. p. 305.

⁴⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIEIRO, Daniel. **Repercussão geral no recurso extraordinário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 40.

1.4 Institutos Semelhantes à Repercussão Geral

Procedimentos de filtragem similares à repercussão podem ser encontrados no direito comparado ou até mesmo em precedentes pátrios. Veja-se.

1.4.1 Da *Writ of Certiorari Americana*

A Suprema Corte Norte-americana, por exemplo, em relação às competências recursais facultativas, somente apreciará um determinado caso se houver um juízo positivo de admissibilidade realizado por pelo menos quatro juízes⁴⁶.

Em virtude do acúmulo de processos feitos à Corte, criou-se um mecanismo em que o Presidente do Tribunal enumera, em uma denominada lista de exame, os casos de relevância, para que sejam analisados e obtenham (ou não) sua admissibilidade, de forma discricionária, sem qualquer critério constitucional⁴⁷.

Uma vez admitido um determinado caso para exame, o Tribunal emite uma *writ of certiorari* (carta requisitória), a qual ordena que o tribunal inferior envie os autos para julgamento pela Corte Suprema^{48 49}.

Contudo, em que pese haja certa subjetividade ao se julgar a existência ou não da repercussão geral, o STF não pode negar seguimento a um recurso

⁴⁶ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional** / Alexandre de Moraes – 23 ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 560.

⁴⁷ BRAGHITTONI, R. Ives. **Recurso extraordinário: uma análise do acesso do Supremo Tribunal Federal: de acordo com a Lei 11.418/06 (repercussão geral)**. São Paulo: Atlas. 2007. p. 30.

⁴⁸ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional** / Alexandre de Moraes – 22 ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 560.

⁴⁹ CÔRTEES, Osmar Mendes Paixão. **Recurso extraordinário: origem e desenvolvimento do direito brasileiro** / Osmar Mendes Paixão Côrtes. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

arbitrariamente, eis que, presentes os requisitos previstos na CF e normas infraconstitucionais, deverá o processo ser admitido e julgado⁵⁰.

Ainda sim, claramente se vê a semelhança entre os dois institutos, pois, nos dois países, a questão constitucional deve ser revestida de excepcional importância para que seja submetida ao julgamento das Supremas Cortes, caso contrário, sequer chegam ao conhecimento do respectivo Tribunal.

1.4.2 Da Arguição de Relevância da Questão Federal

Já como exemplo de filtro recursal no direito pátrio, pode-se asseverar que o instituto da arguição de relevância da questão federal contribuiu para a criação da repercussão geral⁵¹.

Após diversas mudanças do Regimento Interno da Suprema Corte com relação às matérias sobre as quais cabia o recurso extraordinário, definiu a Emenda Regimental 2/1985, no art. 325 do RISTF, ao fim de um rol – à primeira vista taxativo –, que o recurso era cabível “em todos os demais feitos, quando reconhecida a relevância da questão federal”⁵².

⁵⁰ Nesse sentido é o entendimento de Alexandre de Moraes (MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional** / Alexandre de Moraes – 22 ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 561); Ives Braghittoni (BRAGHITTONI, R. Ives. **Recurso extraordinário: uma análise do acesso do Supremo Tribunal Federal: de acordo com a Lei 11.418/06 (repercussão geral)**. São Paulo: Atlas. 2007. p. 133); e Guilherme Azem (AZEM, Guilherme Beux Nassif. **Repercussão geral da questão constitucional no recurso extraordinário**. Porto Seguro: Livraria do Advogado. 2009. p. 75)

⁵¹ BRAGHITTONI, R. Ives. **Recurso extraordinário: uma análise do acesso do Supremo Tribunal Federal: de acordo com a Lei 11.418/06 (repercussão geral)**. São Paulo: Atlas. 2007. p. 3.

⁵² Art. 325 - Nas hipóteses das alíneas "a" e "d" do inciso III do artigo 119 da Constituição Federal, cabe recurso extraordinário:
 I - nos casos de ofensa à Constituição Federal;
 II - nos casos de divergência com a Súmula do Supremo Tribunal Federal;
 III - nos processos por crime a que seja cominada pena de reclusão;
 IV - nas revisões criminais dos processos de que trata o inciso anterior;
 V - nas ações relativas à nacionalidade e aos direitos políticos;
 VI - nos mandados de segurança julgados originariamente por Tribunal Federal ou Estadual, em matéria de mérito;
 VII - nas ações populares;
 VIII - nas ações relativas ao exercício de mandato eletivo federal, estadual ou municipal, bem como às garantias da magistratura;
 IX - nas ações relativas ao estado das pessoas, em matéria de mérito;
 X - nas ações rescisórias, quando julgadas procedentes em questão de direito material;

Ora, a relevância funcionou como uma válvula de escape, uma atenuante à rigidez da previsão taxativa anterior à Emenda. Criou-se uma exceção à exceção. Em outras palavras, o rol taxativo conferia ao recurso extraordinário um caráter excepcional. Com a referida alteração, passou a ser cabível em qualquer questão federal que o Tribunal julgue ser relevante⁵³.

As principais críticas dirigidas à arguição de relevância eram a falta de clareza de seu conceito, a sua apreciação em sessão administrativa – não pública – e a ausência de sua motivação, características que não se coadunam com o Estado Democrático de Direito⁵⁴.

Com o advento da Constituição de 1988, porém, passou a ser exigido em seu art. 93, IX, que “todos os julgamentos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas as decisões, sob pena de nulidade”.

De tal princípio, pode ser tomado como uma das diferenças entre os institutos o seu procedimento, que passou a ser público e fundamentado.

1.4.3 Da Transcendência Trabalhista

Há, ainda, no Direito brasileiro, a figura da transcendência trabalhista.

Também por efeito do acúmulo de processos submetidos ao Tribunal Superior do Trabalho, foi restringido o cabimento do recurso de revisão, por meio da Medida Provisória nº 2.266, de 4 de setembro de 2001, que acresceu à Consolidação das Leis Trabalhistas o art. 896-A, que assim prescreve:

Art. 896-A. O Tribunal Superior do Trabalho, no recurso de revista, examinará previamente se a causa oferece transcendência com relação aos reflexos gerais de natureza econômica, política, social ou jurídica.

XI - em todos os demais feitos, quando reconhecida a relevância da questão federal.

⁵³ AZEM, Guilherme Beux Nassif. **Repercussão geral da questão constitucional no recurso extraordinário**. Porto Seguro: Livraria do Advogado. 2009. p. 52.

⁵⁴ AZEM, Guilherme Beux Nassif. **Repercussão geral da questão constitucional no recurso extraordinário**. Porto Seguro: Livraria do Advogado. 2009. p. 55.

A mesma norma atribuiu competência ao TST para regulamentar, em seu Regimento Interno, o processamento da transcendência no recurso de revista, e assegurou a sua apreciação em sessão pública, com direito a sustentação oral e fundamentação da decisão.

O requisito da transcendência foi criado, assim como a repercussão geral, para permitir o adequado funcionamento da Corte Trabalhista o cumprimento de sua função de intérprete máximo da matéria trabalhista, obstada pelo afluxo de processos sob sua guarda⁵⁵.

Entretanto, a transcendência não é atualmente aplicada, por ausência de regulamentação⁵⁶.

Ainda sim, deve ela ser tomada como um instrumento antecessor e análogo à repercussão geral no recurso extraordinário, já que a Medida Provisória de 2001 prevê texto semelhante ao que dispõe sobre a repercussão geral no Código de Processo Civil.

⁵⁵ AZEM, Guilherme Beux Nassif. **Repercussão geral da questão constitucional no recurso extraordinário**. Porto Seguro: Livraria do Advogado. 2009. p. 60.

⁵⁶ AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. PRINCÍPIO DA TRANSCENDÊNCIA - A regulamentação a respeito do princípio da transcendência, mencionada no § 2º da Medida Provisória nº. 2.226, de 4/9/2001, que acrescentou o artigo 896-A, da CLT, ainda não foi procedida por esta Corte, ficando a admissibilidade do Recurso de Revista restrita aos pressupostos do artigo 896, da CLT. (..) (AIRR - 156840-88.2003.5.02.0313 , Relator Ministro: Carlos Alberto Reis de Paula, Data de Julgamento: 04/06/2008, 3 Turma, Data de Publicação: 27/06/2008) – (grifo nosso).

2 – DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Missão demasiadamente difícil seria dar uma definição concreta, definitiva do que seriam os direitos fundamentais. Isto porque a sua tentativa pelos teóricos traz inúmeros e diferenciados conceitos do tema.

Não obstante tal dificuldade, cabe trazer o que seriam direitos fundamentais na visão Alexandre de Moraes⁵⁷:

O conjunto institucionalizado de direitos e garantias do ser humano que tem por finalidade básica o respeito a sua dignidade, por meio de sua proteção contra o arbítrio do poder estatal, e o estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana pode ser definido como *direitos humanos fundamentais*.

Pode-se dizer, então, que, se uma norma jurídica se referir ao princípio da dignidade da pessoa humana ou à limitação de poder do Estado, e for reconhecida por uma Constituição, provavelmente se estará diante de um direito fundamental⁵⁸.

Com isso, se adentrará, doravante, as minúcias desses direitos.

2.1 Do Binômio Direitos Humanos e Direitos Fundamentais

Antes mesmo de se falar sobre os aspectos dos direitos fundamentais, cabe trazer à baila a diferenciação entre esses e os direitos humanos, feita por parte dos doutrinadores.

A expressão direitos humanos se reserva àqueles que são essenciais ao homem, baseados no jusnaturalismo, dotados de uma índole essencialmente filosófica. Por terem eles

⁵⁷ MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Atlas, 2006. p. 21.

⁵⁸ MARMELESTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2009. p. 20.

características universais, supranacionais, tal expressão é empregada para designar direitos relativos à pessoa humana previstos em documentos de direito internacional⁵⁹.

A locução direitos fundamentais, por sua vez, é empregada para designar aqueles direitos relativos ao homem que foram inscritos em diplomas normativos de um determinado Estado, que vigem numa ordem jurídica concreta. Portanto, “são garantidos e limitados no espaço e no tempo, já que são assegurados na medida em que cada Estado os consagra⁶⁰”.

Pode-se dizer, portanto, que os direitos fundamentais só nascem para a humanidade quando positivados por um ordenamento jurídico específico, geralmente garantidos em normas constitucionais de um Estado⁶¹.

De tal sorte, verifica-se que a normatização interna de um determinado Estado é o que diferencia direitos humanos dos fundamentais.

Tal distinção, puramente conceitual, entretanto, não significa que sejam esferas incomunicáveis. Pelo contrário, há constante interação recíproca entre eles.

O que há, porém, é uma diferenciação no modo de proteção ou no grau de efetividade de cada um, já que as ordens internas possuem, em tese, mecanismos mais eficazes para garantia desses direitos que os disponíveis na esfera internacional⁶².

Não obstante tal diferenciação técnica, nesta obra tais denominações poderão ser utilizadas como sinônimos, já que a própria Constituição Federal brasileira garante, em seu artigo 5º, § 2º, que os direitos fundamentais nela expressos não excluem outros decorrentes do

⁵⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 166.

⁶⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 166.

⁶¹ SIQUEIRA, Dirceu Pereira. PICCIRILLO, Miguel Belinati. **Direitos fundamentais: a evolução histórica dos direitos humanos, um longo caminho**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, 61, 01/02/2009 [Internet]. Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5414>. Acesso em 06/11/2011.

⁶² MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 167.

regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais de que o Brasil seja parte.

Ademais, o terceiro parágrafo do mesmo dispositivo garante que os tratados e convenções internacionais que versarem sobre direitos humanos e forem internalizados em procedimento específico terão força jurídica de emenda constitucional.

2.2 Do Histórico dos Direitos Fundamentais

A ideia de direitos do homem é tão antiga quanto a própria sociedade, já que, em todos os momentos da história, houve valores ligados à dignidade da pessoa humana que existiam pelo simples fato de o homem ser homem⁶³.

Como exemplo, é destacado pelos historiadores o Código de Hamurabi, no antigo Egito e Mesopotâmia, que, em meados de 1.800 a.C., previa mecanismos de proteção individual em relação ao Estado⁶⁴.

A força do cristianismo também disseminou o pensamento de que o homem foi criado à imagem e semelhança de Deus, o que imprimia um forte valor intrínseco à natureza humana, e, por isso, deveria haver igualdade entre os homens, independentemente da origem, raça, sexo ou religião⁶⁵.

A origem dos direitos fundamentais, no entanto, é tomada por muitos como a Magna Carta de João Sem-Terra, de 1215, que já consagrava em seu texto diversas cláusulas que impunham limitações ao Estado, as quais hoje são consideradas direitos humanos, a citar: liberdade da igreja na Inglaterra, restrições tributárias, proporcionalidade entre o delito e sanção, devido processo legal, livre acesso à justiça, liberdade de expressão, dentre outros⁶⁶.

⁶³ MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2009. p. 30.

⁶⁴ MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Atlas, 2006. p. 7.

⁶⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 154.

⁶⁶ MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2009. p. 31.

Porém, apesar de tal documento na Inglaterra, o Estado absolutista ainda era dominante à época na Europa, e o pensamento contrário ao regime crescia cada vez mais. Eis que surgiu o Iluminismo, movimento intelectual emergido ao longo do século XVIII, que se valia da razão para conhecer a verdade e defendia que a liberdade de pensamento era um valor essencial para desenvolvimento das ideias⁶⁷.

Tomada pelo pensamento iluminista, aconteceu, nos Estados Unidos da América, a Revolução Americana, que tinha como finalidade a sua independência perante a Inglaterra.

O primeiro documento dessa Revolução foi a Declaração de Direitos da Virgínia, a qual previa expressamente diversos direitos humanos, tais quais o princípio da legalidade, devido processo legal, o Tribunal do Júri, a liberdade de imprensa e a liberdade religiosa⁶⁸.

A Declaração de Independência e a Constituição dos Estados Unidos da América, editadas posteriormente à de Virgínia, tinham como principal objetivo a limitação do poder estatal e a instituição de diversos direitos fundamentais, para que se evitasse abuso de poder, principalmente no que se refere ao devido processo legal e à humanização das penas impostas⁶⁹.

A consagração normativa dos direitos humanos, no entanto, se deu na França, em 1789, quando a Assembleia Nacional promulgou, espelhado à Revolução americana, a Declaração de Direitos Humanos do Homem e do Cidadão, fruto da Revolução Francesa e do pensamento iluminista⁷⁰.

Tinha esse nome porque os revolucionários buscavam defender não apenas os cidadãos franceses, mas, sim, toda humanidade, pois tais direitos são inerentes ao homem.

⁶⁷ MARMELESTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2009. p. 31.

⁶⁸ MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Atlas, 2006. p. 9.

⁶⁹ MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Atlas, 2006. p. 10.

⁷⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 154.

Seu texto, visivelmente liberal, inspirou a elaboração de diversas Constituições, além de servir de base para a Declaração Universal dos Direitos do Homem, elaborada pelas Nações Unidas⁷¹.

2.3 Das Funções dos Direitos Humanos

Esses primeiros direitos humanos a serem normatizados na França eram destinados, em suma, à limitação do poder do Estado, para se criar uma esfera de autonomia do homem frente ao poder estatal, em que este não poderia intervir na vida particular do cidadão, e, por serem os primeiros, são denominados direitos humanos de primeira função, geração ou dimensão⁷².

São os chamados direitos civis e políticos, e são considerados direitos negativos, de abstenção, de liberdade, pois ao Estado caberia não violá-los. Como exemplo, podem-se citar o direito à vida, à propriedade e a liberdade de locomoção. São negativos porque o particular não poder ser morto, ter sua propriedade confiscada ou ser preso injustamente pelo poder estatal⁷³.

Ocorre que o ideal liberal não mais correspondia com as necessidades da sociedade. Com o passar do tempo, ela exigia mais que uma abstenção do Estado, precisava, sim, de ações estatais, pois a sua não intervenção gerou desigualdades sociais a grande parcela da população. De tal sorte, passou a existir um Estado intervencionista, social, que era, então, obrigado a agir, a fim de se dar uma vida digna e igualitária ao povo⁷⁴.

⁷¹ DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO. In: WIKIPÉDIA, a enciclopédia livre. Flórida: Wikimedia Foundation, 2011. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/w/index.php?title=Declara%C3%A7%C3%A3o_dos_Direitos_do_Homem_e_do_Cidad%C3%A3o&oldid=27532492>. Acesso em 22 de novembro de 2011.

⁷² MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2009. p. 40.

⁷³ MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 155.

⁷⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 155.

Essas exigências positivas são os chamados direitos humanos de segunda geração, ou direitos econômicos, sociais e culturais. São ligados à ideia de igualdade, às necessidades básicas dos indivíduos, como a saúde, moradia, alimentação, salário mínimo, direitos de greve, dentre outros⁷⁵.

Os direitos fundamentais de terceira dimensão, por sua vez, advêm do sentimento de fraternidade, de solidariedade que nascem após a Segunda Guerra Mundial com o regime nazifascista, e são destinados não mais ao indivíduo tão-somente, mas, sim, a todo o gênero humano. São os denominados direitos difusos e coletivos. Exemplos dessa dimensão de direitos são os direitos à paz, ao meio ambiente, ao desenvolvimento, patrimônio histórico e cultural⁷⁶.

Há, ainda, teóricos que defendem a existência de uma quarta e até quinta função de direitos humanos. Todavia, duras críticas já são feitas quanto a real existência da terceira geração, já que não se pode exigir de nenhum ente, seja nacional ou externo, a paz ou um meio ambiente equilibrado⁷⁷. Por essa razão, neste trabalho, optou-se pela classificação conservadora das gerações ou dimensões dos direitos humanos, qual seja, que há apenas três.

Por fim, cabe ressaltar que a existência de uma nova geração não é estanque, isolada da passada. Pelo contrário, só surgiram novas gerações para complementar as dimensões anteriores. Como exemplo, do direito de propriedade, de primeira dimensão, foi idealizado o direito à moradia, de segunda geração. Percebe-se que este não faria sentido, caso aquele não estivesse garantido no ordenamento. Por isso, diz-se que essa definição é puramente didática, que visa diferenciar os momentos históricos de cada geração de direitos⁷⁸.

⁷⁵ MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2009. p. 48.

⁷⁶ MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2009. p. 52.

⁷⁷ PAULO, Vicente. ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional Descomplicado**. 6. ed. – Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: Método: 2010.

⁷⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 156.

Nota-se que a história dos direitos humanos se confunde com a própria história do Estado, pois, sem a existência e evolução deles, provavelmente prevaleceria, ainda por um bom tempo, a figura do absolutismo, já que o rei continuaria a atuar sem quaisquer limites.

2.3 Das Características dos Direitos Humanos

Bem como a sua definição, é tarefa árdua elencar, com exatidão, todas as características dos direitos humanos, já que tal rol não é pacífico na doutrina.

Alexandre de Moraes traz oito características dos direitos fundamentais, a saber: imprescritibilidade, inalienabilidade, irrenunciabilidade, inviolabilidade, universalidade, efetividade, interdependência e complementaridade⁷⁹.

A imprescritibilidade traz que os direitos humanos fundamentais não perecem com o decurso do tempo.

Inalienabilidade, por sua vez, traduz a impossibilidade de transferência dos direitos humanos, seja a título gratuito ou oneroso.

Já a irrenunciabilidade garante que esses direitos não sejam objeto de renúncia absoluta, e sua disposição (como direito à privacidade, por exemplo) deva ser admitida com ressalvas.

São invioláveis, pois não podem ser desrespeitados por norma ou ato infraconstitucional, sob pena de responsabilidade civil, administrativa e penal do infrator.

Os direitos fundamentais são universais no sentido de que abrangem todos os indivíduos, independentemente de sua nacionalidade, raça, sexo, religião, ou qualquer elemento diferenciador não pertinente.

⁷⁹ MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Atlas, 2006. p. 23.

São também efetivos porque o Estado deve sempre atuar para garanti-los no plano material, já que o simples reconhecimento formal na Constituição Federal não lhes garante efeitos práticos.

Por fim, os direitos humanos fundamentais são interdependentes, pois o conteúdo de um direito, por vezes, se mistura com o de outro, para atingir sua finalidade, como, por exemplo, a liberdade de locomoção e o *habeas corpus*. Por tal razão, eles são também complementares, ou seja, não podem ser interpretados isoladamente, mas, sim, de forma conjunta com os objetivos propostos pela Constituição.

Em que pese não ser absoluta nenhuma das características mencionadas, bem como não haver qualquer direito fundamental absoluto, o rol apresentado evidencia a sua importância e o modo geral de que esses direitos são (ou deveriam ser) tratados pelo Estado.

2.4 Da Importância dos Direitos Fundamentais na Constituição de 1988

A Constituição Federal brasileira de 1988 veio para devolver a democracia ao povo, já que o país vinha de um longo período em que vigorava nele um regime ditatorial, governado pelos militares.

Atenta a isso, a Lei Maior se preocupou em extinguir quaisquer vestígios desse período de exceção. Para tanto, tratou de prever diversos direitos fundamentais que protegessem o indivíduo frente ao poder estatal, já que, como visto anteriormente, têm como um dos objetivos limitar o poder do Estado.

Por tal preocupação com o homem, ficou conhecida, em famoso discurso de Ulysses Guimarães, o Presidente da Assembleia Constituinte, em 5 de outubro de 1988, data de sua promulgação, como a Constituição Cidadã. Confira-se, *in verbis*, tal pronunciamento⁸⁰:

O Homem é o problema da sociedade brasileira: sem salário, analfabeto, sem saúde, sem casa, portanto sem cidadania. A Constituição luta contra os bolsões de miséria que envergonham o país. Diferentemente das sete

⁸⁰ Discurso extraído da obra MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2009. p. 66.

constituições anteriores, começa com o homem. Gráficamente testemunha a primazia do homem, que foi escrita para o homem, que o homem é o seu fim e sua esperança. É a constituição cidadã.

Percebe-se que o grande foco da Constituição é garantir a dignidade do homem, assumiu uma postura avançada em favor dos direitos fundamentais e da redução das injustiças sociais. Embora ainda exista grande descompasso entre o texto constitucional e o plano material, são nítidos os avanços que a nova Carta trouxe no que se refere à efetivação dos direitos fundamentais⁸¹.

Confirma tal finalidade da Constituição o texto do seu preâmbulo, *ipsis litteris*:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, **destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna**, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil. (grifo nosso).

Não obstante a ausência de força normativa do preâmbulo constitucional⁸², não se pode tratá-lo como juridicamente irrelevante, já que deve ser observado como elemento de interpretação e integração dos artigos que se seguem⁸³. E nele já se verifica a proteção aos direitos fundamentais de primeira (liberdade), segunda (igualdade) e terceira geração (fraternidade).

⁸¹ MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2009. p. 67.

⁸² Supremo Tribunal Federal. CONSTITUCIONAL. CONSTITUIÇÃO: PREÂMBULO. NORMAS CENTRAIS. Constituição do Acre. I. - Normas centrais da Constituição Federal: essas normas são de reprodução obrigatória na Constituição do Estado-membro, mesmo porque, reproduzidas, ou não, incidirão sobre a ordem local. Reclamações 370-MT e 383-SP (RTJ 147/404). **II. - Preâmbulo da Constituição: não constitui norma central**. Invocação da proteção de Deus: não se trata de norma de reprodução obrigatória na Constituição estadual, não tendo força normativa. III. - Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente. (grifo nosso)

(ADI 2076, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Tribunal Pleno, julgado em 15/08/2002, DJ 08-08-2003 PP-00086 EMENT VOL-02118-01 PP-00218) (grifo nosso).

⁸³ MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Atlas, 2006. p. 45.

No texto constitucional propriamente dito, pode-se dizer que o constituinte conferiu nele uma posição privilegiada aos direitos fundamentais, já que estão incluídos em seu início. Houve, por isso, uma quebra da tradição das Constituições anteriores, nas quais eles eram colocados ao final de seus textos, após a organização dos poderes e repartição de competências. Tal mudança pode ser apontada como mais um símbolo da busca pela efetivação dos direitos humanos⁸⁴.

O Título II da CF, que se inicia no artigo 5º e se prolonga até o art. 17, CF trata dos direitos e garantias fundamentais.

Deve-se abrir parêntese para se explicar a diferença entre direitos e garantias fundamentais previstos no texto constitucional. Direitos fundamentais são aqueles bens protegidos diretamente pela Constituição, como a liberdade de ir e vir. As garantias fundamentais, por sua vez, são os meios pelos quais se protegem esses direitos, a exemplo do *habeas corpus*.

Frise-se que tal diferenciação se encontra tão-somente no plano teórico, já que a Constituição Federal não faz qualquer distinção entre os dois termos.

Voltando ao referido Título II da Constituição Federal, ele se divide em cinco capítulos: direitos individuais e coletivos; direitos sociais; nacionalidade; direitos políticos e partidos políticos. Alexandre de Moraes explica o teor de cada um dos capítulos⁸⁵.

Os direitos individuais e coletivos são aqueles diretamente ligados ao conceito de pessoa humana e de sua própria personalidade, como, por exemplo, a vida e a liberdade. Tem como principal artigo o 5º, o qual traz um rol de 78 incisos que tratam dos direitos individuais e coletivos.

⁸⁴ MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2009. p. 67.

⁸⁵ MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Atlas, 2006. p. 25.

Já os direitos sociais correspondem àqueles em que se precisa de uma ação positiva do Estado para sua concretização, e têm como finalidade a melhoria das condições dos hipossuficientes, buscando a efetiva igualdade social. Guarda identidade com o conceito de direitos humanos de segunda geração.

A nacionalidade é o vínculo jurídico político que liga um indivíduo a certo e determinado Estado, e que integra aquele ao povo deste, o que traz ao nacional determinados direitos e deveres, pela simples condição de ser brasileiro.

Os direitos políticos, por sua vez, são o conjunto de regras que disciplina a atuação da soberania popular. Permitem a participação, em concreto, do cidadão nas decisões políticas. Regulam, também, as formas de escolha dos representantes do povo, além das condições para que possa um indivíduo escolher seus governantes e para que seja escolhido como tal. É confirmação do art. 1º da CF, o qual define que todo poder emana do povo.

Por fim, o capítulo que trata dos partidos políticos regulamenta o funcionamento desses entes, necessários para a preservação do Estado Democrático de Direito, para concretizar o sistema representativo.

2.4.1 Dos Direitos Fundamentais Como Cláusulas Pétreas

O artigo 60 da Constituição define a forma pela qual o texto constitucional poderá ser alterado, qual seja, mediante aprovação, em dois turnos, de três quintos dos votos de cada Casa do Congresso Nacional⁸⁶.

Porém, no § 4º do referido artigo, assim está disposto:

§ 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:
I - a forma federativa de Estado;
II - o voto direto, secreto, universal e periódico;
III - a separação dos Poderes;

⁸⁶ Por esse dispositivo, a CF/88 é considerada como rígida, já que seu procedimento para alteração é diverso e mais qualificado que o das demais normas do ordenamento.

IV - os direitos e garantias individuais. (grifo nosso)

Trata-se das denominadas cláusulas pétreas, que são limitação materiais ao poder constituinte reformador. São matérias que não podem ser objeto de reforma constitucional, até que outra Constituição venha a ser promulgada.

Têm como objetivos principais evitar um possível processo de erosão do texto constitucional e inibir a tentativa de se abolir o seu projeto básico, medidas que podem ser tomadas por sedução dos governantes em certo momento político⁸⁷.

Porém, cabe ressaltar que os direitos fundamentais não são imutáveis. Só não será objeto de deliberação a proposta emenda que tente abolir ou simplesmente diminuir a proteção a ao seu núcleo básico dada pelo constituinte originário. Caso a emenda venha ampliar o núcleo de um determinado direito, poderá alterar o texto constitucional.

Por exemplo, a Constituição garante o direito à vida, mas o limita no caso de guerra (art.5º, XLVII, “a”). Caso uma proposta de emenda venha acrescentar mais casos em que poderá haver pena de morte, não poderá ser deliberada. Do contrário, no caso de uma PEC tentar retirar a exceção de período de guerra, e vedar absolutamente a pena de morte, poderá a proposta emendar o texto constitucional.

Há várias discussões a respeito das cláusulas pétreas, como a aceitação sua validade, o seu alcance e o controle de constitucionalidade em face delas. Todavia, as que se demonstram pertinentes a este trabalho são as que se referem aos direitos fundamentais.

2.4.1.1 Dos Direitos Sociais

A primeira delas é quanto à abrangência dos direitos fundamentais que não podem ser objeto de extinção ou mitigação.

⁸⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 140.

Sabe-se, pela própria leitura do inciso IV do § 4º do artigo 60 da CF, que os direitos e garantias individuais, previstos no art. 5º, são protegidos por tais limitações.

Todavia, a Constituição não protege, expressamente, os direitos sociais, o que traz à tona a dúvida se estes também são considerados como cláusulas pétreas.

Há quem defenda que não o são, por própria opção do constituinte, já que esses direitos são de prestação por parte Estado, e, por isso, podem ser adaptados de acordo com a realidade fática e financeira em que se vive a sociedade⁸⁸.

De outro lado, a segunda corrente entende que são, sim, cláusulas pétreas, veja-se a na lição de Gilmar Ferreira Mendes:

“No Título I da Constituição (Dos Princípios Fundamentais) fala-se na dignidade da pessoa humana como fundamento da República e essa dignidade deve ser compreendida no contexto também das outras normas do mesmo Título em que se fala do valor social do trabalho, em sociedade justa e solidária, em erradicação da pobreza e marginalização e em redução das desigualdades sociais. Tudo isso indica que os direitos fundamentais sociais também participam da essência da concepção de Estado acolhida pela Lei Maior. Como as cláusulas pétreas servem para preservar princípios fundamentais que animaram o trabalho do constituinte originário e como este, expressamente, em título específico da Constituição, declinou tais princípios fundamentais, situando os direitos sociais como centrais para sua ideia central de Estado democrático, os direitos sociais não podem deixar de ser considerados cláusulas pétreas. (...). A objeção de que os direitos sociais estão submetidos a contingências financeiras não impede que se considere que a cláusula pétrea alcança a eficácia mínima desses direitos⁸⁹”.

O Supremo Tribunal Federal ainda não declarou, taxativamente, se os direitos sociais são cláusulas pétreas.

Não obstante, vale destacar a ADIn 1.946/DF, na qual o Tribunal reconheceu que o direito de licença remunerada de 120 dias à gestante, prevista no art. 7º, XVIII, da CF, seria

⁸⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 145.

⁸⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 146.

um direito intimamente ligado ao princípio da igualdade, e, por isso, sua abolição seria um retrocesso histórico, em matéria social previdenciária⁹⁰.

Já nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 3.685/DF e 939-7/DF, a Suprema Corte declarou como cláusulas pétreas, respectivamente, a regra alteração de normas eleitorais, prevista no art. 16, e o princípio da anterioridade tributária, previsto no art. 150 da CF – este último, fora até mesmo do Título dos Direitos e Garantias Fundamentais⁹¹.

Ora, pode-se concluir, então, que o constituinte impôs no referido dispositivo menos do que desejava, já que todos os direitos fundamentais, inclusive os sociais, são cláusulas pétreas, independentemente de sua natureza de onde estejam localizados no texto constitucional.

2.4.1.2 Da Criação De Novos Direitos Fundamentais

Outra discussão a respeito dos direitos humanos como cláusula pétrea se refere à criação de novos direitos por emenda constitucional. Nesse caso, pergunta-se se esses que foram incluídos também adquirem a condição de cláusulas pétreas.

A primeira corrente, defendida por George Marmelstein⁹², entende que uma vez incluídos no texto constitucional, não podem mais esses direitos fundamentais serem abolidos ou terem seu núcleo essencial mitigado. Tal entendimento vale, inclusive, para os direitos humanos internalizados ao direito brasileiro com força de emenda constitucional.

Por outro lado, defende Gilmar Ferreira Mendes⁹³ que o poder constituinte reformador não pode instituir cláusulas pétreas, pois tal função é guardada ao originário. Isto porque não faz sentido ele impor um limite a si mesmo: como ele é o mesmo agora ou no

⁹⁰ MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2009. p. 267.

⁹¹ MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2009. p. 265.

⁹² MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2009. p. 273.

⁹³ MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 147.

futuro, poderá permitir amanhã aquilo que proibiu hoje. Então, caso seja criado um novo direito fundamental, não será a ele garantido a proibição de abolição ou mitigação.

Porém, alerta o autor que se deve tomar cuidado, pois no caso de a emenda apenas especificar um direito fundamental já concebido pelo constituinte originário, ele terá a condição da imutabilidade.

É o que ocorreu, por exemplo, no caso do direito à prestação jurisdicional célere, incluído no art. 5º como inciso LXXVIII pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004. Tal direito é tão-somente um desdobramento dos direitos de acesso à Justiça e do devido processo legal, já garantidos no texto original, não se tratando de um novo direito fundamental.

2.4.2 Da Internalização De Tratados Sobre Direitos Humanos

O art. 5º, § 2º, da Constituição assim dispõe:

§ 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Criou-se, então, grande divergência sobre tal dispositivo. Não se sabia a natureza dos tratados internacionais que versam sobre direitos humanos. Quatro eram as correntes que tentavam explicar a força dos documentos internacionais a que o Brasil aderira⁹⁴.

A primeira corrente, defendida por Celso de Mello, dá a esses tratados a natureza supraconstitucional, já que eles estariam submetidos ao Direito Internacional Público e, por isso, nem mesmo Emenda Constitucional poderia suprimir a norma subscrita pelo Estado, quando versasse sobre direitos humanos.

⁹⁴ EMERIQUE, Lilian Balmant. GUERRA, Sidney (coordenadores). **A incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos na ordem jurídica brasileira**. Revista Jurídica. Brasília, v. 10, n. 90, Especial., p. 01-34, abril/maio de 2008. Disponível em <<http://www4.planalto.gov.br/centrodeestudos/publicacoes/revista-juridica-da-presidencia>> Acesso em 25 de novembro de 2011.

Tal tese nunca foi muito seguida, por força dos princípios da supremacia formal e material da Constituição brasileira sobre todo o ordenamento jurídico, além de ser impossível o controle da constitucionalidade desses acordos internacionais.

Já a segunda corrente, que tem Cançado Trindade e Flávia Piovesan como seguidores, é bem aceita na doutrina e jurisprudência.

Defende ela que os referidos tratados possuem natureza de norma constitucional, já que é o que se pode inferir do próprio § 2º do art. 5º. Os tratados internacionais em geral teriam força infraconstitucional, e esses específicos, constitucional.

Esta corrente era a majoritária até o advento da EC nº 45, de 2004, a qual incluiu o § 3º ao artigo 5º da CF, *in verbis*:

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

Ainda que pareça que o dispositivo tenha encerrado a discussão, criou-se grande controvérsia sobre a natureza dos tratados incorporados anteriormente à referida emenda. Parte da doutrina e jurisprudência entendia que tinham força constitucional. A outra defendia que, como não passou pelo procedimento acima descrito, tinham força de leis ordinárias.

Este último entendimento era o da terceira corrente. A teoria de que os pactos internacionais sobre direitos humanos tinham natureza de lei ordinária foi adotada no Brasil após a manifestação nesse sentido pelo Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário nº 80.004/SE, que teve como relator o Ministro Xavier de Albuquerque.

Por fim, a quarta corrente, também concebida na Suprema Corte, no julgamento do RHC nº 79785/RJ, pelo Ministro Sepúlveda Pertence, confere aos tratados de direitos humanos a natureza de normas supraleais.

Ou seja, não poderiam confrontar a Constituição, mas alterariam as leis, e por estas não poderiam ser alterados, ocupando a natureza de uma norma que é hierarquicamente maior que lei, mas menor que a Constituição.

Ressalta-se que a discussão se dá em torno dos tratados já internalizados, haja vista que os que forem internalizados na forma do § 3º, após a EC 45, incontroversamente terá natureza constitucional.

3 DA REPERCUSSÃO GERAL E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Ciente do novo filtro ao recurso extraordinário, bem como da importância dos direitos humanos fundamentais, deve-se fazer a seguinte pergunta: caso um recurso extraordinário trate de ofensa a um direito fundamental, deve a matéria ter reconhecida a existência da repercussão geral, ainda que não transcenda os interesses das partes do processo?

Cite-se um improvável, mas ilustrativo exemplo com o direito à vida: na hipótese de se ocorrer uma guerra, nos termos do art. 84, inciso XIX, da Constituição Federal, e, após o seu fim, tenha sido condenado à morte apenas uma pessoa no Brasil. Após o regular esgotamento as instâncias ordinárias, deveria ter o seu recurso extraordinário obstado por não ultrapassar os interesses subjetivos da causa, já que, ainda que houvesse relevância da matéria, não existiria possibilidade de se repetir o julgamento a outros casos?

É o que se procurará responder neste capítulo.

3.1 Do Projeto de Lei do Senado Federal nº 156/09

Sobre o tema, cabe trazer que o Senado Federal instituiu Comissão de Juristas com a finalidade de se elaborar um Anteprojeto de Lei para alterar o Código de Processo Penal – Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941.

Ao final dos trabalhos da Comissão, foi iniciado o Projeto de Lei do Senado nº 156/2009⁹⁵.

Em seu texto inicial, o qual foi elaborado pelo grupo de juristas, ao se tratar da repercussão geral, houve efetiva preocupação com a violação aos direitos fundamentais. Veja-se o que prescreveria o seu artigo 492:

⁹⁵ Disponível em <<http://legis.senado.gov.br/mate-pdf/58503.pdf>> em 2/4/2012> Acesso em 7 de abril de 2012.

Art. 492. O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso extraordinário, quando a questão constitucional nele versada não oferecer repercussão geral, nos termos deste artigo.

§1º Para efeito da repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista social, jurídico ou a grave violação aos direitos humanos.

(...)

§3º Haverá repercussão geral sempre que o recurso se fundar na grave violação aos direitos humanos, ou quando a decisão for contrária à súmula ou jurisprudência dominante do tribunal.

(...)” (grifo nosso)

Percebe-se a preocupação de se proteger os direitos fundamentais, já que estaria incluída, no rol taxativo de presunção de repercussão geral de que trata o § 3º do artigo 543-A do Código de Processo Civil, a grave violação a direitos humanos.

No entanto, na redação final do Projeto de Lei que foi do Senado à Câmara dos Deputados, tal dispositivo - o qual terminou a cópia do que dispõe o CPC - foi retirado do texto pela Emenda nº 166, sob o fundamento de que não se poderia estender o reconhecimento de repercussão geral a violações de garantias fundamentais, já que, “diante do extenso rol de garantias judiciais previstas no art. 5º da Constituição da República, praticamente toda e qualquer controvérsia acabaria por reverberar, ainda que reflexamente, no texto constitucional, o que esvaziaria por completo a limitação imposta pelo instituto em comento”⁹⁶.

Ainda que não tenha sido aprovado o referido dispositivo, verifica-se que há a preocupação para que, ao se estabelecer filtros quantitativos ao conhecimento do recurso extraordinário, não se limite a efetiva proteção aos direitos fundamentais.

3.2 Do STF como Guardião dos Direitos Fundamentais

O Supremo Tribunal, em sua guarda à Constituição delegada pelo constituinte originário, deve, além de efetuar o controle de constitucionalidade das leis, analisar os casos em que possivelmente tenham sido violados os direitos humanos, já que estes são objetos de diversas proteções no texto constitucional.

⁹⁶ Disponível em <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=85509&tp=1>> Acesso em 7 de abril de 2012.

Sobre o tema, veja-se o que expõe J. J. Gomes Canotilho⁹⁷:

“A justiça constitucional é hoje também um amparo para a defesa de direitos fundamentais, possibilitando-se aos cidadãos, em certos termos e dentro de certos limites, o direito de recurso aos tribunais constitucionais, a fim de defenderem, de forma autônoma, os direitos fundamentais violados ou ameaçados (a justiça constitucional no sentido de jurisdição da liberdade)”.

Para exercer essa proteção aos direitos fundamentais, revela-se insubstituível o controle de constitucionalidade difuso-concreto⁹⁸, já que pode ser analisada a constitucionalidade da lei por qualquer órgão do Poder Judiciário em cada caso individualizado. No Supremo Tribunal Federal, tal controle é realizado principalmente por meio do recurso extraordinário.

O jurista alemão Friedrich Müller sugeriu, ao formular propostas para a reforma do Poder Judiciário brasileiro, que, a exemplo do que ocorre nos Tribunais Constitucionais europeus, deveria ser criado um recurso constitucional específico junto ao STF a ser interposto por cada cidadão que afirmar ter sido lesado algum direito fundamental pelo poder público, com a finalidade de a Suprema Corte julgar imediatamente os casos em que haja grave dano aos prejudicados ou que tenha uma importância genérica⁹⁹.

No entanto, o recurso extraordinário se mostrou, ao longo do tempo, suficiente para proteção dos direitos fundamentais.

Isso porque, como pode se extrair, por exemplo, do RE 393175, julgado em 2006 - e, pois, anteriormente ao instituto da repercussão geral -, o apelo excepcional é meio hábil para reparar danos a direito fundamental, no caso, à saúde e à vida.

⁹⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 6 ed. – Coimbra: Livraria Almedina, 2002. p. 887-888.

⁹⁸ BERMAN, José Guilherme. **Repercussão geral no Recurso Extraordinário: origens e perspectivas**. Curitiba: Juruá, p. 128.

⁹⁹ MÜLLER, Friedrich. Dez propostas para a reforma do judiciário na República Federativa do Brasil. In: **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**, v. 07, 2005. p. 181-191.

No referido feito, a Suprema Corte reconheceu a dois irmãos portadores de esquizofrenia, paranoide e doença maníaco-depressiva, destituídos de recursos financeiros, o fornecimento gratuito de medicamento, com o fim de dar “efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, "caput", e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade”¹⁰⁰.

Ora, vê-se que o recurso interposto dificilmente seria conhecido atualmente pelo Pretório Excelso, em sede de recurso extraordinário, já que, na espécie, não se ultrapassaria o interesse das partes do processo, nos moldes do que o STF entende por transcendência atualmente, pois seria de difícil reprodução as circunstâncias do caso.

Entretanto, nota-se que, em caso não isolado¹⁰¹, por meio do recurso extraordinário, foi cessada violação aos direitos fundamentais à vida e saúde daqueles que participavam do processo, evidenciando não ser necessária a criação de outro meio para que faça o Supremo o controle dos atos (ou, como no exemplo dado, omissões) possivelmente atentatórios à dignidade da pessoa humana, ainda que não se ultrapassem os interesses das partes do processo.

3.3 Da Transcendência das Matérias Referentes aos Direitos Fundamentais

É neste ponto (na transcendência dos interesses das partes), que a repercussão geral tem sido alvo de críticas.

Oscar Vilhena Vieira, ao analisar, em junho de 2004, a Proposta de Emenda à Constitucional que originou a Reforma do Poder Judiciário, já se atentava para o novo requisito que seria estabelecido ao recurso extraordinário.

¹⁰⁰ (RE 393175 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 12/12/2006, DJ 02-02-2007 PP-00140 EMENT VOL-02262-08 PP-01524)

¹⁰¹ Cita-se, como outro exemplo, o RE 410715 AgR / SP, no qual o STF obrigou o município de Santo André – SP a garantir às crianças de até seis anos atendimento em creche e pré-escola por ser direito fundamental previsto na Constituição.

Sem nem mesmo saber como viria a ser definido pela lei o novo filtro, escreveu¹⁰²:

“Entendo, no entanto, que o texto pode ser aperfeiçoado, com uma pequena alteração de sua redação. Sugerimos, nesse sentido, que a expressão ‘repercussão geral’ seja substituída por ‘relevância’. A expressão ‘repercussão geral’ certamente favorecerá os recursos extraordinários interpostos pelo Poder Público em detrimento daqueles interpostos pelos indivíduos. A repercussão geral pode ser um dos elementos constitutivos da relevância, **afinal podemos ter uma questão pífia de repercussão geral e outra extremamente relevante, que tenha repercussão mais limitada. Entendo que o STF tem a autoridade jurídica e moral para fazer a escolha dos casos que julgar relevantes**”. (grifo nosso)

Ainda que tenha sido incluída como requisito a relevância da questão pela lei regulamentadora, permanece uma das preocupações externadas pelo referido autor: há questões relevantes que têm repercussão limitada às partes do processo.

Para Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero, a necessidade demonstrar a transcendência dos interesses das partes não se aplica a eventuais questões que envolvam a frontal violação de direitos fundamentais, tendo em vista a natureza objetiva que eles têm.

Defendem os autores que os direitos fundamentais constituem “uma tábua mínima de valores de uma sociedade em dado momento histórico, cujo respeito interessa a todos”¹⁰³, e que, pois, deve ter reconhecida a transcendência nos casos em que se afirme haver frontal violação ou ameaça a esses direitos.

Sobre o tema, leciona Guilherme Beux Nassif Azem¹⁰⁴:

“As alegações de violações a direitos e garantias fundamentais devem receber um tratamento cuidadoso do Pretório Excelso na verificação da repercussão geral. Ao lado de preservar a essência e a força normativa da Constituição, deve-se evitar a aplicação do instituto

¹⁰² VIEIRA, Oscar Vilhena. Que reforma? In: **Estudos avançados**, v. 18, n. 51, p. 195-207, maio/ago. 2004.

¹⁰³ MARINONI, Luiz Guilherme. **Repercussão geral no recurso extraordinário**. 2. ed. rev. e atual. - São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 38

¹⁰⁴ AZEM, Guilherme Beux Nassif. **Repercussão geral da questão constitucional no recurso extraordinário**. Porto Seguro: Livraria do Advogado. 2009. p. 76

como verdadeiro instrumento de um indesejado ‘utilitarismo processual’. (...)

Jamais pode ser tolerado que, em nome do bom andamento da máquina processual, sejam desconsideradas sérias violações diretas a direitos e garantias fundamentais, impedindo-se o acesso ao STF”.

Entende que não se pode admitir aos direitos fundamentais certa margem de erro em prol de viabilizar melhor funcionamento do STF, como nos demais casos em que é analisada a existência de repercussão geral, pois aqueles, além de serem instrumentos de proteção do indivíduo perante o Estado, “são elementos da ordem jurídica objetiva, integrando um sistema axiológico que atua como fundamento material de todo o ordenamento jurídico. (...) Os direitos e garantias fundamentais possuem, portanto, relevância e transcendência imanescentes, dada sua dimensão objetiva”¹⁰⁵.

Portanto, para o referido autor, ao se frustrar a proteção a direito humano conferida a um indivíduo, enfraquece-se o amparo conferido a todos os cidadãos.

Destaca, também, que o fato de o nosso ordenamento jurídico não consagrar instrumento semelhante ao recurso de amparo na Alemanha - o qual é destinado à proteção de direitos humanos, após esgotamento das instâncias ordinárias -, além de não possibilitar o ajuizamento de arguição de descumprimento de preceito fundamental por qualquer cidadão, evidencia a imprescindibilidade do recurso extraordinário como veículo das alegadas violações a direitos ou garantias fundamentais, sob pena de se expor a um desnecessário risco valores alçados à condição de cláusula pétrea.

Ressalva, entretanto, que não se trata de abertura indiscriminada da via excepcional. Como se ocorre nos demais casos em que o recurso extraordinário é conhecido, a afronta a direito fundamental deve ser direta e frontal, sem a necessidade de exame prévio de norma infraconstitucional¹⁰⁶.

¹⁰⁵ AZEM, Guilherme Beux Nassif. **Repercussão geral da questão constitucional no recurso extraordinário**. Porto Seguro: Livraria do Advogado. 2009. p. 77

¹⁰⁶ AZEM, Guilherme Beux Nassif. **Repercussão geral da questão constitucional no recurso extraordinário**. Porto Seguro: Livraria do Advogado. 2009. p. 78

No mesmo sentido dos mencionados autores é o entendimento de José Guilherme Berman¹⁰⁷, o qual defende que a inclusão da repercussão geral, do modo que foi caracterizado pelo Código de Processo Civil, pode ignorar a função de protetor das liberdades fundamentais do Pretório Excelso - a qual nem sempre é realçada pela doutrina e jurisprudência pátria - e, assim, descaracterizar esse Tribunal.

No entanto, sustenta não ser necessária a alteração da lei para que se protejam os direitos humanos por meio do recurso extraordinário. Basta que o Tribunal reconheça a transcendência, mesmo que indireta, da questão constitucional pertinente aos direitos fundamentais.

Indireta porque, ainda que a decisão valha somente para as partes do processo, ela servirá como um padrão que deverá ser aplicado a processos semelhantes - se existentes, dada a dificuldade de generalização que têm alguns casos que envolvem direitos fundamentais.

Ao continuar tratando sobre o tema, conclui o autor¹⁰⁸:

“A necessidade de uma alteração radical no sistema de funcionamento do recurso extraordinário é inegável (...). No entanto, é preciso distinguir duas das causas que levaram a este quadro: de um lado, existe uso abusivo do recurso extraordinário como ferramenta para protelar a formação da coisa julgada. Mas, por outro lado, é preciso reconhecer que há frequentes violações a direitos fundamentais, e que o STF deve, sim, estar a postos para corrigir estes desvios.

O que se pretende evitar, com a crítica realizada, é que se faça confusão entre a repercussão geral e a aplicação da mesma decisão a um grande número de causas. Isto importaria dizer que todas as questões constitucionais decididas pelo STF teriam efeito vinculante, o que nem sempre é verdade. A impossibilidade de aplicar diretamente um determinado entendimento a diversos outros recursos que versem sobre a mesma controvérsia constitucional não significa que aquela discussão seja desprovida de relevância, e nem que a decisão de mérito de uma das causas não possuirá repercussão geral”.

¹⁰⁷ BERMAN, José Guilherme. **Repercussão geral no Recurso Extraordinário: origens e perspectivas**. Curitiba: Juruá, p. 131.

¹⁰⁸ BERMAN, José Guilherme. **Repercussão geral no Recurso Extraordinário: origens e perspectivas**. Curitiba: Juruá, p. 133-134

Assim, de acordo com o entendimento de diversos autores, verifica-se que não é oponível a falta de transcendência aos casos em que se aleguem violações a direitos fundamentais, já que tais transgressões, por si só, interessam a coletividade, ainda que a decisão influencie apenas as partes do feito.

Repise-se, porém, que a violação deve ser frontal, direta, decorrente do texto constitucional, sem que se necessite de uma lei ou outro ato normativo para que seja evidenciada a inconstitucionalidade.

3.4 Da Análise de Casos Concretos

Neste tópico, serão analisados, brevemente, alguns casos em que o STF julgou a existência, ou não, da repercussão geral em matérias atinentes aos direitos fundamentais.

3.4.1 RE-RG 568657/MS

Na repercussão geral no Recurso Extraordinário 568.567-4, do Mato Grosso do Sul, o Município de Campo Grande, recorrente, alegou que o requisito de publicação do nome dos devedores e endereço relativos à dívida, assim como a sua origem e valor para que se iniciasse a execução fiscal – contido no art. 71 do Código Tributário Municipal – não teria sido recepcionado pela Constituição, já que não é permitido, salvo em casos nela excetuados, estabelecer condição prévia de acesso à justiça, como houve na espécie.

A Ministra relatora, Cármen Lúcia, entendeu não haver repercussão geral, pois a questão constitucional seria restrita ao interesse no Município recorrente e não encerraria relevância a caracterizar a existência de repercussão geral.

O Ministro Marco Aurélio, vencido, divergiu da Relatora por entender haver, sim, repercussão geral na matéria, ante o envolvimento do princípio do acesso ao judiciário, já que o próprio texto constitucional tratou de restringir os casos em que se faz necessário acionar a via administrativa antes de intentar a ação judicial.

Nota-se que foi rejeitada a repercussão geral na espécie por razão da falta de transcendência do interesse da recorrente.

Entretanto, ainda que, a princípio, se verifique a decisão beneficiou os contribuintes, não se pode prever que não haveria outros processos futuros que tratassem do mesmo tema, interpostos por outros milhares de contribuintes de Campo Grande, ou de outros Municípios que porventura viessem a estabelecer condições para se iniciar processo de execução, pois tal matéria, em abstrato, não se reveste de repercussão geral.

3.3.2 RE-RG 556385/MT

Já na repercussão no Recurso Extraordinário 556.385-5, do Mato Grosso, discutir-se-ia a respeito de decisão da Turma Recursal do Juizado Especial Federal do Estado do Mato Grosso, que teria reformado, de ofício, em mandado de segurança, valor de multa diária fixada em sentença.

O Ministro Menezes Direito, relator do processo, entendeu que a matéria não é relevante sob nenhuma ótica, além de seus interesses não extrapolarem os limites da causa.

O Ministro Marco Aurélio, outra vez vencido, entendeu que deveria ser reconhecida a repercussão geral à questão constitucional, pois envolveria a segurança jurídica, a certeza das decisões judiciais cobertas pela coisa julgada, já que se rescindiu título executivo judicial por meio de mandado de segurança.

Novamente, atentou-se o Ministro Marco Aurélio que a matéria interessaria a mais do que aquelas partes do processo, pois, ainda que a decisão valesse tão-somente para este processo, é um caso que pode, não dificilmente, vir a se repetir futuramente, e, ante a ausência de repercussão geral, o Supremo Tribunal Federal provavelmente negará seguimento ao recurso que verse sobre sentenças alteradas por mandado de segurança ou outra via que não a cabível no prazo legal.

3.3.3 RE-RG 579720/MG

Ainda que não se trate de direitos fundamentais, cabe trazer a repercussão geral no Recurso Extraordinário 579.720-1, de Minas Gerais.

No caso, o Estado mineiro recorreu da decisão do Tribunal de Justiça que entendeu pela possibilidade de acumulação, nos moldes do art. 37, XVI, dos cargos de sargento da polícia militar com outro de professor municipal, por ter a função militar natureza técnica.

O Ministro Relator Ricardo Lewandowski votou pela repercussão geral, já que a decisão possuía relevância jurídica, pois o julgamento definiria se a Constituição vedou, ou não, aos militares o exercício do magistério público. Ademais, fundamentou que a decisão poderia atingir a todos os policiais e oficiais militares que desejassem ocupar um segundo cargo público, de natureza civil.

O Ministro Marco Aurélio, ressaltando a largueza que deve ter o instituto da repercussão geral, já que a decisão ali proferida vincularia os processos futuros sobre o mesmo tema, também vislumbrou o conhecimento do recurso extraordinário, já que atingiria um grande número de processos que já tramitavam na justiça, além dos que poderiam vir a ser intentados.

No entanto, os Ministros foram vencidos pela maioria, que entendeu não haver repercussão geral à questão constitucional.

Ora, vê-se que, ainda que se trate de matéria constitucional que interesse a um sem número de cidadãos, não importou a existência de repercussão, já que entendeu o Tribunal não ser a matéria constitucional relevante ao ponto de merecer ser julgada pela Suprema Corte.

3.3.4 RE 597994/PA

O Recurso Extraordinário 597.994-6, do Pará, foi interposto contra acórdão do Tribunal Superior Eleitoral que indeferiu o registro de candidata que havia sido, nas eleições de 2008, reeleita para o cargo de Prefeita do Município de Santarém.

A controvérsia se deu porque a Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004, passou a vedar a atividade político-partidária aos membros do *Parquet*.

Ocorre que a vedação se deu após as eleições municipais do ano, data na qual a recorrente já havia sido eleita Prefeita e, ante a ausência de norma de transição, se candidatou à reeleição no certame de 2008, do qual se sagrou vencedora.

Ao se analisar a existência da repercussão geral no Plenário físico da Corte, ante a urgência da matéria, a Ministra Relatora Ellen Gracie entendeu não haver repercussão geral, pois não ultrapassaria os interesses subjetivos da causa, porquanto seria, pelas peculiares circunstâncias da espécie, irreproduzível, já que “a matéria somente seria aplicável à restritíssima hipótese na qual os detentores do cargo de chefe do poder executivo municipal, eleitos em 2004 na condição de membro do Ministério Público, também tenham sido candidatos à reeleição em 2008”.

A Relatora foi acompanhada pelos Ministros Ricardo Lewandowski, Eros Grau, Cezar Peluso.

O Ministro Marco Aurélio, mais uma vez, entendeu haver repercussão geral, pois a questão não se restringiria ao interesse da recorrente, mas interessaria, também, e principalmente, aos eleitores do Município que a elegeram prefeita. Para o magistrado, a matéria (inelegibilidade) teria, por si só, repercussão geral.

A divergência foi acompanhada pelo Ministro Carlos Britto.

O Ministro Gilmar Mendes também divergiu da Relatora do feito e explanou que o fato de existir um só caso constitucional, *per si*, não justifica o não reconhecimento da repercussão geral, como indica, por exemplo, a experiência da *writ of certiorari* americana.

Previu o Ministro Presidente à época que, em que pese a lei tenha inserido a transcendência como limitativo do recurso extraordinário, em um futuro não muito remoto, provavelmente as discussões do Tribunal Constitucional se limitarão a casos isolados, individualizados, que poderão posteriormente repercutir em outros casos.

Por fim, concluiu que o tema é relevante para a questão da cidadania em toda essa dimensão, porque trata da condição de elegibilidade de membros do Ministério Público.

Assim, foi reconhecida a repercussão geral ao caso.

No mérito, em breve sinopse, o Tribunal deu provimento ao recurso extraordinário a fim de garantir à recorrente a continuidade do exercício do mandato, já que teria direito adquirido, pelo ordenamento atual, à recandidatura, ante a falta de norma de transição.

Ressaltou-se no acórdão a excepcionalidade do caso. Veja-se a ementa:

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ELEITORAL. MEMBRO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. RECANDIDATURA. DIREITO ADQUIRIDO. DIREITO ATUAL. AUSÊNCIA DE REGRA DE TRANSIÇÃO. PRECEITOS CONSTITUCIONAIS. ARTIGOS 14, § 5º E 128, § 5º, II, "e" DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. AUSÊNCIA DE CONTRADIÇÃO. SITUAÇÃO PECÚLIAR A CONFIGURAR EXCEÇÃO. EXCEÇÃO CAPTURADA PELO ORDENAMENTO JURÍDICO. INTERPRETAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO NO SEU TODO.

Não há, efetivamente, direito adquirido do membro do Ministério Público a candidatar-se ao exercício de novo mandato político. O que socorre a recorrente é o direito, atual --- não adquirido no passado, mas atual --- a concorrer a nova eleição e ser reeleita, afirmado pelo artigo 14, § 5º, da Constituição do Brasil.

Não há contradição entre os preceitos contidos no § 5º do artigo 14 e no artigo 128, § 5º, II, "e", da Constituição do Brasil.

A interpretação do direito, e da Constituição, não se reduz a singelo exercício de leitura dos seus textos, compreendendo processo de contínua adaptação à realidade e seus conflitos.

A ausência de regras de transição para disciplinar situações fáticas não abrangidas por emenda constitucional demanda a análise de cada caso concreto à luz do direito enquanto totalidade.

A exceção é o caso que não cabe no âmbito de normalidade abrangido pela norma geral. Ela está no direito, ainda que não se encontre nos textos normativos de direito positivo. Ao Judiciário, sempre que necessário, incumbe decidir regulando também essas situações de exceção. Ao fazê-lo não se afasta do ordenamento. Recurso extraordinário a que se dá provimento.

(RE 597994, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Relator(a) p/ Acórdão: Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 04/06/2009, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-162 DIVULG 27-08-2009 PUBLIC 28-08-2009 EMENT VOL-02371-10 PP-01931 RTJ VOL-00212-PP-00598)

Como se viu, por pouco não foi reconhecida a repercussão geral da questão constitucional, diante da falta de transcendência de interesses.

No entanto, no mérito, foi reconhecido o direito de se reeleger à recorrente.

Ora, vê-se que a precipitação por julgar a matéria como sem repercussão poderia se revelar grave ofensa aos direitos políticos (fundamentais de primeira geração) da recorrente, já que a conclusão foi pelo provimento do recurso.

Ainda que o julgamento da repercussão não se trate de adiantamento do mérito da questão, no caso, quase foi retirado, indevidamente, da Promotora o direito de exercer o resto do mandato para o qual foi eleita, o que confirma o que expôs José Guilherme Berman, no sentido de há questões constitucionais que não são passíveis de reprodução, mas nem por isso não possuem repercussão geral.

CONCLUSÕES

A presente pesquisa se prestou a se verificar se há a necessidade de se demonstrar a existência de repercussão geral nos casos em que se alegue violação a direito fundamental.

Para tanto, procurou-se descobrir um pouco da história do Supremo Tribunal Federal, do recurso extraordinário e dos motivos que levaram a se criar a repercussão geral.

Verificou-se, neste último ponto, que o STF se encontrava numa situação em que era inviável a jurisdição constitucional, pois o grande fluxo de processos o impossibilitava de analisar as causas constitucionais com a devida cautela, além de transformar a Suprema Corte em mera instância revisora de processos.

Após a instituição do filtro recursal, reduziu-se, drasticamente, o número de processos que ali tramitavam, evidenciando a eficácia da repercussão geral como instrumento de “desafogamento” do Pretório Excelso.

Após, no segundo capítulo, pôde-se examinar a história, as funções e características das liberdades humanas. No entanto, é de ser ressaltada a importância que os direitos fundamentais têm no ordenamento brasileiro, por serem o núcleo da Constituição Federal, além de serem tratados como cláusulas pétreas.

No terceiro capítulo, analisou-se a necessidade de se demonstrar a repercussão nos recursos em que se alegue violação a direito fundamental, ainda que não se ultrapassem, aparentemente, os interesses das partes.

Viram-se alguns projetos que se preocupavam com a efetiva proteção aos direitos humanos.

Além disso, estudaram-se a função de guardião dos direitos fundamentais que tem o STF e o requisito da transcendência a casos em que eles sejam violados.

Por fim, foi feito estudo de casos em que se confrontava a violação a direito fundamental e o requisito da transcendência.

Houve casos em que o Supremo ignorou as violações se valendo tão-somente da suposta inexistência da transcendência.

Viu-se outro em que a questão constitucional transcendia os interesses das partes, mas, ainda assim, não teve a repercussão geral reconhecida.

E, também, se analisou espécie em que, à primeira vista, a violação não transcendia o interesse da recorrente, mas que, na verdade, só por se tratar de direitos políticos (fundamental de primeira função), naturalmente transcenderia a outros cidadãos, ainda que fosse de difícil reprodução.

Diante do exposto, pode-se inferir que se deve reconhecer a repercussão geral às violações a direitos fundamentais, porque, por si sós, ultrapassam os interesses das partes do processo. É que os direitos fundamentais possuem natureza objetiva, ou seja, deixando de se proteger uma pessoa, todas as demais estão ameaçados pela transgressão.

Sabe-se que a repercussão geral foi criada para se evitar abusos, para se efetivar a jurisdição constitucional feita pelo STF.

Entretanto, não se pode ignorar violação a direito fundamental a troco de um utilitarismo processual, pois o bom e célere andamento da justiça não compensa o risco de se negar proteção a um direito inerente à pessoa.

Assim, deve sempre o Supremo Tribunal julgar os recursos extraordinários que versem sobre possíveis violações a direitos humanos, pois se devem abrir as questões à discussão.

Isto porque a existência de repercussão geral não acarreta adiantamento do mérito, então se deve, na dúvida de violação, conhecer do recurso extraordinário para que se discuta o caso e os cidadãos não fiquem desamparados, como quase ficou a Prefeita no último caso concreto que foi analisado.

Destaca-se, também, que há uma sensível tendência de que, em um futuro próximo, existam poucas questões constitucionais a serem analisadas pelo STF, já que aquelas repetitivas, que atinjam grande número de litigantes, não mais serão objetos de análise do

Tribunal, e, então, se atentará a Suprema Corte que não se fazia necessária a atual predisposição a não se reconhecer aquelas violações em que não se vislumbre, de plano, futuras interposições de recurso.

Por fim, pode-se concluir, além do que já foi exposto, que a lei que regulamentou a repercussão geral é inconstitucional no que se refere ao seguinte trecho: “que ultrapasassem os interesses subjetivos das partes”, já que impôs limitação não prevista na Constituição.

Ressalva-se que é necessário, sim, um filtro quantitativo e qualitativo ao acesso à Corte Constitucional, nos moldes da repercussão geral, para que possa o Tribunal julgar as questões constitucionais que mereçam ser por ele julgadas.

No entanto, a referida exigência na lei obstou a defesa dos direitos fundamentais, além de restringir a competência do Supremo Tribunal Federal prevista no texto constitucional, limitações estas que não poderiam ter sido feitas nem mesmo, em tese, por Emenda à Constituição, em respeito às cláusulas pétreas dos direitos fundamentais e da separação dos poderes, motivo pelo qual não se deve considerar válido o mencionado trecho da lei, se tomado como parâmetro o texto constitucional.

Portanto, o recurso extraordinário que verse sobre violação a direitos humanos prescinde da necessidade de demonstração da transcendência, pois, como visto, além de ela ser inerente aos direitos fundamentais, o Pretório Excelso possui capacidade técnica e moral de dizer as causas que mereçam ou não ser julgadas por ele, sem a necessidade de se demonstrar, obrigatoriamente, a transcendência dos interesses das partes.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez e escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ALVIM, Arruda. **A EC n. 45 e o instituto da repercussão geral**. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). **Reforma do Judiciário: primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004**. São Paulo: RT, 2005.

AZEM, Guilherme Beux Nassif. **Repercussão geral da questão constitucional no recurso extraordinário**. Porto Seguro: Livraria do Advogado Editora, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Repercussão geral no recurso extraordinário**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 38

BERMAN, José Guilherme. **Repercussão geral no Recurso Extraordinário: origens e perspectivas**. Curitiba: Juruá. p. 128.

BRAGHITTONI, R. Ives. **Recurso extraordinário: uma análise do acesso do Supremo Tribunal Federal: de acordo com a Lei 11.418/06 (repercussão geral)**. São Paulo: Atlas, 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, ADC 1, Relator Min. Moreira Alves, julgado em 01 de dezembro de 1994, DJU de 16 jun. 1995.

_____. Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, ADI 2076, Relator Min. Carlos Velloso, julgado em 15 de agosto de 2002, DJU de 8 de agosto de 2003.

_____. Supremo Tribunal Federal. Informativo nº 500. Brasília, 31 de março a 4 de abril de 2008. Disponível em < <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo500.htm>>. Acesso em 4 de maio de 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. Regimento Interno: redação em 15 de outubro de 1980. Disponível em <http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stf/regimento_interno_do_stf.htm>. Acesso em 4 de maio de 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. Regimento Interno: [atualizado até março de 2011] - consolidado e atualizado até maio de 2002 por Eugênia Vitória Ribas. Brasília: STF, 2011.

_____. Tribunal Superior do Trabalho, 3 Turma, AIRR - 156840-88.2003.5.02.0313, Relator Ministro Carlos Alberto Reis de Paula, julgado em 4 de junho de 2008, DJU de 27 de junho de 2008.

CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. **Recurso extraordinário: origem e desenvolvimento do direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

DANTAS, Bruno. **Repercussão Geral: perspectivas histórica, dogmática e de direito comparado; questões processuais**. 2. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2010.

DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO. In: WIKIPÉDIA, a enciclopédia livre. Flórida: Wikimedia Foundation, 2011. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/w/index.php?title=Declara%C3%A7%C3%A3o_dos_Direitos_do_Homem_e_do_Cidad%C3%A3o&oldid=27532492>. Acesso em 22 de novembro de 2011.

DIDIER JUNIOR, Fredie. CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Curso de direito processual civil. Volume 3, Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais**. Salvador : JusPodivm, 2009.

EMERIQUE, Lilian Balmant. GUERRA, Sidney (coordenadores). **A incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos na ordem jurídica brasileira**. Revista Jurídica. Brasília, v. 10, n. 90, Ed. Especial., p. 01-34, abril/maio de 2008. Disponível em <<http://www4.planalto.gov.br/centrodeestudos/publicacoes/revista-juridica-da-presidencia>> Acesso em 25 de novembro de 2011.

GOMES JUNIOR, Luiz Manoel. **A repercussão geral da questão constitucional no recuso extraordinário – EC 45. Capítulo XIII do livro Aspectos polêmicos e atuais dos recurso cíveis e assuntos afins**. Coordenação Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier. Vários colaboradores. São Paulo: RT, 2006.

MACHADO, Antônio Carlos. **Súmula vinculante e repercussão geral**. Fortaleza, 2008. Disponível em <http://www.geocities.com/a_c_machado/HermJur/Sumula_Vinc_Reper_Geral.doc> Acesso em 23 de maio de 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIEIRO, Daniel. **Repercussão geral no recurso extraordinário**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

_____. **Repercussão geral no recurso extraordinário**. 2. ed. rev. e atual. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 6. Ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 22 ed.. São Paulo: Atlas, 2007.

_____. **Direitos Humanos Fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência**. 7. ed. – São Paulo: Atlas, 2006.

MÜLLER, Friedrich. Dez propostas para a reforma do judiciário na República Federativa do Brasil. In: **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**, v. 07, 2005. p. 181-191

PAULO, Vicente. ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional Descomplicado**. 6. ed. – Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: MÉTODO: 2010.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira. PICCIRILLO, Miguel Belinati. **Direitos fundamentais: a evolução histórica dos direitos humanos, um longo caminho**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, 61, 01/02/2009 [Internet]. Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5414>. Acesso em 06/11/2011.

VIANA, Ulisses Schwarz. **Repercussão geral sob a ótica da teoria dos sistema de Niklas Luhmann**. São Paulo: Saraiva, 2010.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Que reforma? In: **Estudos avançados**, v. 18, n. 51, p. 195-207, maio/ago. 2004.